

Sonderdruck aus:

EMRK/GG

Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz

2. Auflage

Herausgegeben von

Oliver Dörr, Rainer Grote und Thilo Marauhn

Gesamtredaktion:

Stephanie Rupprecht und Judith Thorn



Mohr Siebeck 2013

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Kapitel 21: Das Diskriminierungsverbot

Art. 14 EMRK: Diskriminierungsverbot

Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

Art. 1 ZP 12: Allgemeines Diskriminierungsverbot

(1) Der Genuss eines jeglichen Rechtes, das gesetzlich eingeräumt ist, soll gewährleistet werden ohne Diskriminierung aufgrund insbesondere des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, in Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status.

(2) Niemand darf von einer öffentlichen Behörde aus einem Grund wie den obengenannten diskriminiert werden.

Art. 3 GG

(1) *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*

(2) *Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf deren Beseitigung hin.*

(3) *Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.*

Art. 21 Abs. 1 GRC: Nichtdiskriminierung

Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.

Literaturauswahl

Adamietz, Laura, Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, 2011; Altwicker, Tilmann, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2010; Arnardóttir, Oddny Mjöll, Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, 2003; Bayefsky, Anne, The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, HRLJ 11 (1990), 1; Bernhardt, Rudolf, Diskriminierungsverbote und Minderheitenschutz, in: HGR VI/1, 2010, § 144; Connolly, Michael, Discrimination Law, 2. Aufl. 2011; Fredmann, Sandra, Discrimination Law, 2. Aufl. 2011; Gerards, Janneke, The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights, in: J. Niessen/I. Chopin (Hrsg.), The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, 2004, 3; Lambert, Pierre, Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Conven-

tion européenne des droits de l'homme?, RTDH 8 (1998), 497; *Lenaerts, Koen*, La personne et le principe d'égalité en droit communautaire et dans la convention européenne, in: La personne humaine, sujet de droit, publications de la Faculté de droit et de sciences sociales, 1994, 101; *Livingstone, Stephen*, Article 14 and the prevention of discrimination in the European Convention on Human Rights, EHRLR 2 (1997), 25; *Makkonen, Timo*, Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe, 2012; *Matscher, Franz*, Betrachtungen über das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) nach der neueren Praxis der Strassburger Instanzen, in: L. Adamovic/P. Pernthaler (Hrsg.), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit: Festschrift für Hans R. Klecatsky, 1980, 627; *McColgan, Aileen*, Principles of Equality and Protection from Discrimination in International Human Rights Law, EHRLR 8 (2003), 157; *Nowicki, Marek Antoni*, Perspectives on Equal Protection – Part II: The European Convention of Human Rights: Prohibition of Discrimination, Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal 1999, 17; *O'Hare, Ursula*, Enhancing European Equality Rights: A New Regional Framework, MJ 8 (2001), 133; *Partsch, Karl Josef*, Discrimination, in: R.St.J. Macdonald u.a. (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, 571; *Rothfritz, Lauri Philipp*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, 2010; *Rottleuthner, Hubert/Mahlmann, Matthias*, Diskriminierung in Deutschland, 2011; *Tobler, Christa*, Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, 2005; *Volkmer, Rebecca*, Die elterliche Sorge bei nichtehelichen Kindern – insbesondere die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters – und die Prinzipien der Commission on European Family Law, 2011; *Wiener, Richard L./Willborn, Steven L.* (Hrsg.), Disability and Aging Discrimination. Perspectives in Law and Psychology, 2011; *Wildhaber, Luzius*, Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second-Class Guarantee?, Baltic Yearbook of International Law 8 (2002), 71; *Wintemute, Robert*, »Within the Ambit«: How Big Is the »Gap« in Article 14 European Convention on Human Rights?, EHRLR 9 (2004), 366; *ders.*, Filling the Article 14 »Gap«: Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR, EHRLR 9 (2004), 484.

Leitentscheidungen

EGMR No. 1474/62 u. a., A 6 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; No. 6289/73, A 32 – *Airey*; No. 6833/74, A 31 – *Marckx*; No. 9214/80 u. a., A 94 – *Abdulaziz u. a.*; No. 8695/79, A 126 – *Inze*; No. 12875/87, A 255-C – *Hoffmann*; No. 13580/88, A 291-B – *Schmidt*; No. 1737/90, Rep. 1996-IV – *Gaygusuz*; No. 20458/92, Rep. 1998-II – *Petrovic*; No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III – *Chassagnou u. a.* (GK); No. 33290/96, Rep. 1999-IX – *Salgueiro da Silva Mouta*; No. 34369/97, Rep. 2000-IV – *Thlimmenos* (GK); No. 28369/95, Rep. 2000-X – *Camp u. Bourimi*; No. 40016/98 – *Karner* (2003); No. 40892/98 – *Koua Poirrez* (2003); Nos. 55480/00 u. 59330/00 – *Sidabras u. Džiautas* (2004); Nos. 43577/98 u. 43579/98 – *Nachova u. a.* (GK) (2005); No. 58453/00 – *Niedzwiecki* (2005); No. 15250/02 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 65731/01 u. 65900/01 – *Stec u. a.* (GK) (2006); No. 71156/01 – 97 *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others* (2007); No. 57325/00 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK) (2007); No. 40116/02 – *Sečić* (2007); No. 55523/00 – *Angelova u. Iliev* (2007); No. 43546/02 – *E. B. v. Frankreich* (2008); No. 32526/05 – *Sampanis u. a.* (2008); No. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a.* (2008); No. 33401/02 – *Opuz* (2009); No. 43134/05 – *G. N. v. Italien* (2009); No. 7710/02 – *Grzelak* (2010); No. 6268/08 – *Andrle* (2011); No. 5632/07 – *Bah* (2011); No. 5335/05 – *Ponomaryovi* (2011); No. 44614/07 § 97 – *Milano-vić* (2011); No. 30078/06 – *Markin* (GK) (2012). EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – *Mangold* (GK); Rs. C-267/06, 1.4. 2008 – *Maruko* (GK); Rs. C-45/09, 12.10. 2010 – *Rosenblatt* (GK); Rs. C-356/09, 18.11. 2010 – *Kleist*; Rs. C-236/09, 1.3. 2011 – *Test-Achats* (GK); Rs. C-54/08, 24.5. 2011 – *Kommission/Deutschland*; Rs. C-147/08, 10.5. 2011 – *Römer* (GK); Rs. C-447/09, 13.9. 2011 – *Prigge u. a.* (GK); Rs. C-415/10, 19.4. 2012 – *Meister*; BVerfGE 1, 14 – *Südweststaat*; 3, 58 – *Beamtenverhältnisse*; 55, 72 – *Präklusion I*; 74, 163 – *Rentenalter*; 82, 60 – *Steuerfreies Existenzminimum*; 84, 9 – *Ehenamen*; 84, 239 – *Kapitalertragssteuer*; 85, 191 – *Nachtarbeitsverbot*; 88, 87 – *Transsexuelle III*; 92, 91 – *Feuerwehrrabgabe*; 96, 288 – *Integrative Schule*; 107, 257 – *Beamtenbesoldung Ost II*; 113, 1 – *Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung*; 116, 243 – *Transsexuelle IV*; 117, 1 – *Erb-schaftssteuer IV*; 121, 241 – *Ruhegehalt für Teilzeitbeamte*; 124, 199 – *Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaften*; 126, 286 – *Honeywell*; 127, 132 – *Elternrecht des Vaters*; BVerfG, 1 BvR

2870/10 v. 5. 1. 2011 – Altersgrenze für Notare; 128, 109 – Lebenspartnerschaft von Transsexuellen; BVerfG, 1 BvR 196/09 v. 19. 7. 2011 – »Le Corbusier«.

Gliederung

	Rn.
A. Historische Entwicklung und internationaler Rahmen	1
B. Strukturvergleich	11
I. Diskriminierungsverbote als »Garantien zweiter Klasse«?	11
II. Strukturgleichheit mit der Freiheitsrechtsprüfung	14
III. Allgemeiner Gleichheitssatz oder spezielles Diskriminierungsverbot?	16
IV. Differenzierungskriterien (sensible Merkmale)	19
V. Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit	23
VI. Rechtfertigungsfähigkeit, Darlegungs- und Beweislast	24
VII. Strukturvergleich mit den Diskriminierungsverboten der EU	29
C. Sachlicher Gewährleistungsumfang	31
I. »Genuss« von Rechten	31
1. Akzessorietät und Autonomie von Art. 14 EMRK	31
2. Der Regelungsbereich (»scope«) der Freiheitsrechte	34
3. Die Prüfungsreihenfolge	37
4. Fazit zur Akzessorietät des Art. 14 EMRK	41
5. Die Nichtakzessorietät des Diskriminierungsverbotes in Art. 1 ZP 12	45
6. Die Nichtakzessorietät der Gleichheitssätze des GG	49
II. »Diskriminierung«	51
1. Grundelemente, Erscheinungsformen und Abgrenzungen	51
2. Der Nachteil als Begriffsmerkmal der Diskriminierung	60
a) Rechtsnachteile oder faktische Nachteile?	61
b) Stereotypisierung, Entwürdigung oder Unterdrückung?	63
3. Symmetrie des Diskriminierungsverbots	67
4. Diskriminierung »wegen« eines sensiblen Merkmals: Objektive Kausalität	69
5. Diskriminierung durch ungerechtfertigte Gleichbehandlung	74
6. Mittelbare Diskriminierung	76
a) Allgemeines	76
b) Die mittelbare Diskriminierung in der Rechtsprechung von EGMR, BVerfG und EuGH	78
c) Würdigung	83
III. »Gewährleisten«	84
1. Anspruch auf diskriminierungsfreie Teilhabe	85
2. Schutzpflicht gegenüber privater Diskriminierung	88
3. Untersuchungspflichten	93
4. Positive Maßnahmen	100
D. Grundrechtsberechtigung	108
I. Berechtigte	108
II. Verpflichtete	113
1. Bindung des Staates und seiner Einrichtungen	113
2. Bindung Privater	115
E. Beeinträchtigungen	121
I. Vorbedingung: Vergleichbare Situation	121
1. Kasuistik	122
2. Rechtsvergleich	130
3. Würdigung	132
II. Die Differenzierungskriterien im Einzelnen	133

1. Explizit aufgeführte Differenzierungskriterien	135
a) Geschlecht	135
aa) Strenger Prüfungsmaßstab	135
bb) Beispiele aus der Rechtsprechung von EGMR und BVerfG	136
cc) Zulässigkeit positiver Maßnahmen	150
b) Rasse und Hautfarbe	156
c) Sprache	161
d) Religion	163
e) Politische oder sonstige Anschauung	172
f) Nationale oder soziale Herkunft	175
g) Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit	181
h) Vermögen	188
i) Geburt	190
2. Ungeschriebene Differenzierungskriterien	194
a) Familienstand	195
b) Sexuelle Orientierung	198
c) Behinderung	207
d) Alter	211
e) Genetische Merkmale	214
F. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	217
I. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach der EMRK	217
1. Allgemeines	217
2. Legitimer Zweck der Unterscheidung	220
3. Angemessene Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit)	224
4. Striktere Kontrolle bei sechs besonders sensiblen Differenzierungskriterien	225
5. Fazit: Gleitende Skala von Rechtfertigungsanforderungen	228
II. Der staatliche Einschätzungsspielraum (<i>margin of appreciation</i>)	231
III. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach dem GG	235
1. Allgemeines: Die prinzipielle Rechtfertigungsfähigkeit von Differenzierungen	235
2. Legitimer Zweck der Unterscheidung/Differenzierung	237
3. Verhältnismäßigkeit	240
a) Differenzierte Rechtfertigungsanforderungen im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG	240
b) Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG	242
IV. Vergleichende Würdigung des zweistufigen Tests mit Einschätzungsspielraum	243
V. Der Gesetzesvorbehalt	252
G. Konkurrenzen	253

A. Historische Entwicklung und internationaler Rahmen

1. Vorläufer des Diskriminierungsverbots finden sich bereits in den beiden wichtigsten **Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts**, der Virginia Bill of Rights von 1776 und der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789.¹ Beide proklamieren in Art. 1, dass alle Menschen »von Natur aus gleichermaßen frei und unabhängig« bzw. »frei und gleich an Rechten geboren« sind. Darüber hinaus enthält die französische Erklärung, die sich am Vorbild der amerikanischen Erklärung orientierte, den Gedanken der Gleichheit im Kampf gegen die Ständeordnung des

¹ Vgl. F. Hartung, in: F. Hartung/G. Commichau (Hrsg.), Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 5. Aufl. 1985, 15–17.

Ancien Régime aber stärker betonte, in Art. 6 den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz.² Dieser Grundsatz hat im 19. Jahrhundert Eingang in die Verfassungen anderer europäischer Staaten gefunden.³

In Deutschland enthielt die Paulskirchenverfassung von 1849 mehrere Bestimmungen zu den Gleichheitsrechten. Im Vordergrund stand, durch die deutsche Geschichte und Geographie bedingt, das Verbot, in den einzelnen deutschen Staaten andere Deutsche gegenüber den eigenen Angehörigen zu benachteiligen.⁴ Im Zusammenhang mit der Abschaffung aller Standesprivilegien wurden die Gleichheit vor dem Gesetz und das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern verankert.⁵ Besonders hervorgehoben wurde das Verbot der Ungleichbehandlung wegen des religiösen Bekenntnisses.⁶ Schließlich wurde den nationalen Minderheiten eine eigenständige Entwicklung durch die Gleichberechtigung ihrer besonderen Kultur in den von ihnen besiedelten Gebieten gewährleistet.⁷ Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 knüpfte an diese Bestimmungen an und übernahm sie weitgehend. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz wurde nunmehr an den Anfang gestellt; er erfasste jedoch nur die Rechtsanwendungsgleichheit und band den Gesetzgeber nicht.⁸ Zudem wurde er, den gewandelten Anschauungen entsprechend, durch den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter ergänzt. Letzterer war allerdings auf den Bereich der staatsbürgerlichen Rechte beschränkt und ließ insbesondere die untergeordnete Stellung der Frau im Ehe- und Familienrecht unberührt.⁹ Anders als später das GG enthielt auch die WRV noch eine Bestimmung zum Schutz der nationalen Minderheiten.¹⁰

² Art. 1 lautet: »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune«.

Art. 6 lautet: »La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ces yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents«.

³ Vgl. z.B. Art. 6 der Belgischen Verfassung von 1831.

⁴ § 134 Paulskirchenverfassung: »Kein deutscher Staat darf zwischen seinen Angehörigen und anderen Deutschen einen Unterschied im bürgerlichen, peinlichen oder Prozessrechte machen, welcher die letzteren als Ausländer zurücksetzt«.

⁵ § 137 Paulskirchenverfassung (auszugsweise):

»Vor dem Gesetz gilt kein Unterschied der Stände. Der Adel als Stand ist aufgehoben.

Alle Standesvorrechte sind abgeschafft.

Die Deutschen sind vor dem Gesetz gleich.

[...]

Die öffentlichen Ämter sind für alle Befähigten gleich zugänglich. [...]«.

⁶ § 146 Paulskirchenverfassung: »Durch das religiöse Bekenntnis wird der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt. Den staatsbürgerlichen Pflichten darf dasselbe keinen Abbruch thun«.

⁷ § 188 Paulskirchenverfassung: »Den nicht deutsch redenden Volksstämmen Deutschlands ist ihre volksthümliche Entwicklung gewährleistet, namentlich die Gleichberechtigung ihrer Sprachen, soweit deren Gebiete reichen, in dem Kirchenwesen, dem Unterrichte, der innern Verwaltung und Rechtspflege«.

⁸ W. Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 6; S. Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 6.

⁹ Art. 109 Abs. 1 und 2 WRV: »Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten«.

¹⁰ Art. 113 WRV: »Die fremdsprachigen Volksteile des Reichs dürfen durch die Gesetzgebung und Verwaltung nicht in ihrer freien, volksthümlichen Entwicklung, besonders nicht im Gebrauch ihrer

- 3 Nach dem Zweiten Weltkrieg enthielt die **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte** vom 10. Dezember 1948 erstmals auf internationaler Ebene ein Diskriminierungsverbot und einige Gleichheitsrechte. Sie knüpft in der Präambel und im ersten Artikel bewusst an Formulierungen der Menschenrechtserklärungen von 1776 und 1789 an.¹¹ Art. 2 Satz 1 AEMR enthält ein auf die Ausübung der in der Erklärung gewährten Rechte und Freiheiten beschränktes Diskriminierungsverbot.¹² Es erinnert an den Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 UNCh und fügt den dort genannten Diskriminierungsmerkmalen »Rasse«, »Geschlecht«, »Sprache« und »Religion« weitere Merkmale hinzu. In Art. 7 Satz 1 AEMR sind darüber hinaus die Grundsätze der Gleichheit vor dem Gesetz und des gleichen Schutzes durch das Gesetz verankert. Dies entspricht nach der Terminologie des deutschen Verfassungsrechts der Rechtsanwendungs- und der Rechtssetzungsgleichheit. Art. 7 Satz 2 AEMR beinhaltet ferner die Verpflichtung der Staaten, durch gesetzgeberische Maßnahmen den Einzelnen vor Diskriminierungen und dem Aufruf dazu zu schützen.¹³ Schließlich enthält die AEMR noch einige spezielle Gleichheitssätze in Art. 16 Satz 2 (Gleichberechtigung der Ehegatten), Art. 21 Abs. 2 (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern), Art. 23 Abs. 2 (Lohngleichheit) und Art. 25 Abs. 2 Satz 2 (Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern). Nicht alle diese Rechte, insbesondere nicht der allgemeine Gleichheitssatz, haben Eingang in die EMRK gefunden.
- 4 Bei den Beratungen im **Parlamentarischen Rat** zu Art. 3 GG wurde die AEMR von den Abgeordneten teilweise zur Bekräftigung ihrer Argumente herangezogen. Ein starker Einfluss der AEMR auf die Kodifizierung lässt sich aber, anders als bei der Entstehung des Art. 14 EMRK, nicht erkennen. In Art. 3 Abs. 1 GG ist der **allgemeine Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz** verankert. Der Vorschlag, diesen Grundsatz nach dem Vorbild des Art. 109 WRV auf alle Deutschen zu begrenzen, wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Gleichheitssatz unter der Weimarer Reichsverfassung trotz des Wortlauts des Art. 109 WRV auch auf Ausländer angewandt worden sei.¹⁴ Im Gegensatz zu Art. 109 Abs. 1 WRV ist gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch der Gesetzgeber an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden. Besonders umstritten war die Aufnahme der **Gleichberechtigung von Frauen und Männern** in Art. 3 Abs. 2 GG. Die Gegner dieses Vorschlags hielten ihn für zu weitgehend und verwiesen formal darauf, dass die Aufnahme des Merkmals »Geschlecht« in Abs. 3 genüge, um die Gleichberechtigung der Frau zu garantieren. Hierauf entgegneten die Befürworter, dass die von ihnen

Muttersprache beim Unterricht, sowie bei der inneren Verwaltung und der Rechtspflege beeinträchtigt werden«.

¹¹ E. Schraeder, in: Hartung/Commichau (Fn. 1), Die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg bis 1970, 35.

¹² Art. 2 Satz 1 AEMR lautet: »Jeder hat Anspruch auf alle in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten, ohne irgendeinen Unterschied, etwa nach Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand«.

¹³ Art. 7 AEMR lautet: »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Unterschied Anspruch auf den gleichen Schutz durch das Gesetz. Alle haben Anspruch auf gleichen Schutz gegen jede Diskriminierung, die gegen diese Erklärung verstößt, und gegen jede Aufhetzung zu einer derartigen Diskriminierung«.

¹⁴ Vgl. K.-B. Doemming/R. W. Fülllein/W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF (1951), 66 (71).

vorgeschlagene Formulierung »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« erforderlich sei, um im bürgerlichen Recht, insbesondere im Ehe- und Familienrecht und im Arbeitsrecht, die Gleichberechtigung durchzusetzen. Das Problem, dass damit viele Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auf einen Schlag verfassungswidrig würden, sei durch eine Übergangsregelung zu lösen.¹⁵ Dieser Vorschlag setzte sich nicht zuletzt dank des unermüdlichen Einsatzes der Abgeordneten *Selbert* und der Frauenverbände durch.¹⁶ Der Versuch, in Anlehnung an Art. 21 des AEMR-Entwurfs zusätzlich das Prinzip der Lohnleichheit im GG zu verankern, scheiterte dagegen.¹⁷ Die **besonderen Diskriminierungsverbote** des Art. 3 Abs. 3 GG finden sich erstmals in einem Entwurf des Redaktionskomitees vom Oktober 1948. Die Formulierung entsprach nahezu wörtlich dem Art. 2 Satz 4 der Verfassung des Landes Baden vom 28. Mai 1947.¹⁸ Die dort aufgeführten Diskriminierungsmerkmale »Abstammung«, »Rasse«, »Glauben« und »religiöse und politische Anschauungen« sollten mit Blick auf die Erfahrungen während des Nationalsozialismus in einem gesonderten Absatz hervorgehoben werden. Sie wurden im Laufe der Beratungen durch die Merkmale »Geschlecht«, »Sprache« und »Heimat und Herkunft« ergänzt. Das Merkmal »Sprache« sollte eine Gleichbehandlung fremdsprachiger Minderheiten gewährleisten, während das Merkmal »Heimat und Herkunft« insbesondere die Vertriebenen vor Diskriminierungen schützen sollte.¹⁹ Auf eine besondere Bestimmung zum Schutz der nationalen Minderheiten wurde verzichtet. Neben Art. 3 GG enthält das GG **spezielle Gleichheitsrechte** in Art. 6 Abs. 5 (Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern), Art. 33 Abs. 1–3 (gleiche staatsbürgerliche Rechte und Pflichten und gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern) und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 (Wahlrechtsleichheit).²⁰ Im Zuge der **Verfassungsreform von 1994** wurde Art. 3 Abs. 2 GG durch einen zweiten Satz ergänzt, in dem der Staat verpflichtet wird, »die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern« zu fördern und auf die »Beseitigung bestehender Nachteile« hinzuwirken (→ Rn. 102, 151).²¹ Außerdem wurde den besonderen Diskriminierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 GG ein spezielles Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung an die Seite gestellt. Eine Bestimmung zum Schutz nationaler Minderheiten fand dagegen nicht die erforderliche Mehrheit (→ Rn. 185). Überdies trat in Deutschland im August 2006 das AGG in Kraft.²² Es dient der Umsetzung der vier europäischen »Antidiskriminierungsrichtlinien« (→ Rn. 10, 81), die einen einheit-

¹⁵ Ebd., 66 (70).

¹⁶ Dazu *U. Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 323; *M. Eckertz-Höfer*, Frauen kommen [...] Art. 3 Abs. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot, in: FS Helmut Simon, 1987, 447 (450f.), jeweils m.w.N.

¹⁷ *Doemming/Füßlein/Matz* (Fn. 14), 66 (70).

¹⁸ Ebd., 66 (67 und Fn. 4).

¹⁹ Ebd., 66 (69).

²⁰ *M. Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 9, zählt zu den speziellen Gleichheitsrechten außerdem Art. 12 Abs. 2 (gleiche öffentliche Dienstpflicht), Art. 19 Abs. 1 Satz 1 (Verbot von Maßnahmegesetzen), Art. 21 (Gleichbehandlung der Parteien), Art. 101 Abs. 1 Satz 1 (Verbot von Ausnahmegesetzen) und Art. 140 GG i. V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV (staatliches Neutralitätsgebot).

²¹ Vgl. die Dokumentation der Entstehung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in: *J. Limbach/M. Eckertz-Höfer* (Hrsg.), Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, 1993.

²² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. 8. 2006, BGBl. I, 1897, zuletzt geändert am 5. 2. 2009, BGBl. 2009 I 160. Dazu *K. Riesenhuber* (Hrsg.), Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz –

lichen europäischen Schutzstandard zur Verhütung von Diskriminierungen bezwecken.

- 5 Die **Beratungen im Rahmen des Europarats** orientierten sich zunächst eng am Wortlaut des Art. 2 Satz 1 AEMR. Dass Art. 14 EMRK lediglich ein Diskriminierungsverbot enthält, wird mit Blick auf seine Entstehungsgeschichte verständlich. Während seiner Ausarbeitung standen sich **zwei Regelungsansätze** gegenüber, von denen sich keiner vollständig durchsetzen konnte.²³ Der erste Regelungsansatz war vom Rechts- und Verwaltungsausschuss der Beratenden Versammlung auf Vorschlag des Berichterstatters *Teitgen* im August 1949 ausgearbeitet worden. Er verfolgte das Ziel, den Schutz einiger für die demokratische Grundordnung wesentlicher Freiheitsrechte, die bereits in den Verfassungen der Mitgliedstaaten des Europarats enthalten waren, durch einen völkerrechtlichen Vertrag zu garantieren. Hierzu genügte es, zehn Freiheitsrechte unter Verweis auf die einschlägigen Artikel der AEMR aufzulisten. Den Mitgliedstaaten (Art. 4). Allerdings sollten sie bestimmte Grenzen zu beachten haben (Art. 5–7). Dazu zählte ein **Diskriminierungsverbot**, dem zu den in Art. 2 Satz 1 AEMR aufgeführten Diskriminierungsmerkmalen das Merkmal »Zugehörigkeit zu einer nationalen Minorität« hinzugefügt worden war (Art. 5).²⁴ Aus diesem Regelungsansatz erklärt sich, warum Art. 5 des Entwurfs von Anfang an lediglich als Diskriminierungsverbot ausgestaltet war und keinen allgemeinen Gleichheitssatz enthielt.²⁵ Der zweite Regelungsansatz verfolgte das Ziel, die geschützten Rechte und Grundfreiheiten in der Konvention selbst zu definieren und die Einschränkungsmöglichkeiten so detailliert wie möglich festzulegen. Dem Diskriminierungsverbot, das in Art. 14 EMRK durch die Formulierung »... without discrimination on any grounds such as ...« und die Hinzufügung des Merkmals »or other status« erheblich weiter gefasst wurde als im *Teitgen*-Vorschlag, sollte in Anlehnung an Art. 7 Satz 1 AEMR ein **allgemeiner Gleichheitssatz** vorangestellt werden.²⁶ Da sich der Sachverständigenausschuss nicht zwischen zwei Alternativen (A und B) vor. Die von letzterem im Juni 1950 einberufene Konferenz höherer Regierungsbeamter entschied sich für eine Kompromisslösung. Die Grundlage ihres Entwurfs bildete der britische Vorschlag (Alternative B); sie bezog

Grundsatz- und Praxisfragen, 2007; B. Rudolf/M. Mahlmann (Hrsg.), Gleichstellungsrecht: Handbuch, 2007.

²³ Zur Entstehungsgeschichte K. J. Partsch, Die Entstehung der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 15 (1954), 631; A. H. Robertson, The European Convention for the Protection of Human Rights, BYIL 27 (1950), 145; E. Decaux, in: Pettiti/Decaux/Imbert, 4ff.

²⁴ Art. 5 lautete: »These fundamental rights and freedoms shall be secured without any distinction based on race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, belonging to a national minority, fortune or birth«.

²⁵ Bericht der 17. Stz. der Beratenden Versammlung (BV) v. 7. 9. 1949, Collected Edition of the »Travaux Préparatoires« of the European Convention on Human Rights, Bd. I, 276.

²⁶ Art. 14 lautete: »1) All are equal before the law. 2) Everyone shall be accorded all the rights and freedoms defined in this Convention without discrimination on any grounds such as sex, race, colour, language, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.« – Vgl. Appendix to the Report of the Committee of Experts on Human Rights: Draft Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Alternatives B and B/2, in: TP, Bd. IV, 50 (64).

aber den *Teitgen*-Vorschlag (Alternative A) so weit wie möglich ein.²⁷ Dies hatte zur Folge, dass der allgemeine Gleichheitssatz wieder gestrichen wurde und nur das auf die Konventionsrechte beschränkte Diskriminierungsverbot bestehen blieb. Dies kam dem Bestreben der damaligen Mitgliedstaaten entgegen, ihre Souveränität so weit wie möglich zu bewahren und die Einflussmöglichkeiten der Konventionsorgane zu begrenzen.²⁸ In der englischen Fassung wurde der Begriff »without discrimination« beibehalten, während in der französischen Fassung von Anfang an der Begriff »sans distinction aucune« verwendet worden war.²⁹ Diese sprachliche Diskrepanz warf später inhaltliche Fragen zur Reichweite des Diskriminierungsverbots auf, die der EGMR dahingehend beantwortete, dass die französische Version im Lichte der restriktiveren englischen Version ausgelegt werden müsse (→ Rn. 51).

In der Folgezeit wurde mehrfach der Versuch unternommen, die EMRK durch einen allgemeinen Gleichheitssatz zu vervollständigen. Die Beratende Versammlung verabschiedete bereits 1960 eine Empfehlung,³⁰ in der sie u.a. vorschlug, in einem ZP 4 zur EMRK einen Artikel zur Gleichheit vor dem Gesetz zu verankern.³¹ Der vom Ministerkomitee hiermit befasste Sachverständigenausschuss für Menschenrechte lehnte diesen Vorschlag ab. Zur Begründung führte er an, dass dieser Grundsatz zu »vage und allgemein« formuliert sei und daher »gefährliche juristische Konstruktionen« ermögliche. Außerdem könnten EKMR und EGMR zu einer Art »Superrevisionsinstanz« für die Urteile nationaler Gerichte werden und jegliche tatsächlichen oder rechtlichen Fehler als Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit überprüfen.³² Zwei weitere Versuche von 1970 und 1972,³³ in einem Zusatzprotokoll das Diskriminierungsverbot auf soziale Rechte wie das Recht auf Arbeit und das Recht auf Wohnung auszudehnen und ein Recht auf Rechtsanwendungsgleichheit aufzunehmen, scheiterten ebenfalls aus den gleichen Gründen.³⁴ 6

²⁷ Rep. of the Conference of Senior Officials (8–17 June 1950), Commentary on the Single Text of the Convention Proposed by the Conference, in: TP, Bd. IV, 258; *Robertson* (Fn. 23), 145 (150).

²⁸ In den TP ist der Grund für die Streichung des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht ausdrücklich angegeben. Die einem früheren Entwurf des Diskriminierungsverbots »The rights and freedoms defined in this convention shall be protected ...« (Dok. CM/WP4[50]16-A[445]) erst nach der Stzg. der Regierungsbeamtenkonferenz v. 19. 6. 1950 hinzugefügte Formulierung »The enjoyment ...« (Dok. CM/WP4[50]19 annex) tangiert in der Sache die Akzessorietät nicht. Möglicherweise sollte das Individuum durch diese sprachliche Veränderung stärker in den Vordergrund gerückt werden (so *Partsch*, *Discrimination*, 575).

²⁹ Vgl. zum Unterschied zwischen beiden Begriffen *M. Bossuyt*, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 1976, 22.

³⁰ Der Rechtsausschuss der Beratenden Versammlung legte 1959 den Entwurf für ein zweites ZP vor, der u.a. in Art. 6 die Aufnahme des allgemeinen Gleichheitssatzes bzw. eines allgemeinen Diskriminierungsverbots vorsah; vgl. Draft Recommendation presented by the Legal Committee, Doc. 1057 v. 17. 11. 1959, in: CE, Vol. VI, 3, 11 ff. Vgl. zu den weiteren Vorarbeiten zum späteren ZP 4 *W. P. Pahr*, Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, JBl. 1964, 187 (189).

³¹ Rec. 234 (1960); zu den Kodifizierungsversuchen ab 1960 *Bossuyt* (Fn. 29), 22 (69 ff.).

³² Doc. H (65) 16, 26 ff.; vgl. *Lambert*, 497 (498).

³³ Rec. 538 (1970) und Rec. 683 (1972); vgl. *Bossuyt*, *L'interdiction de la discrimination* (Fn. 29), 70 f.

³⁴ CM (71) 200, Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme au Comité des ministres, 18.

- 7 Seit 1990 wurde das Ziel einer **Erweiterung und Ergänzung des Diskriminierungsverbots** auf zwei unterschiedlichen Wegen weiter verfolgt.³⁵ Zum einen machte der Lenkungsausschuss für die Gleichheit von Frauen und Männern (CDEG) den Vorschlag, in einem Zusatzprotokoll das Recht auf Gleichberechtigung von Frau und Mann zu verankern. Zum anderen forderte die 1993 errichtete Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) zum besseren Schutz der Betroffenen ein spezielles Diskriminierungsverbot wegen der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion und der nationalen oder ethnischen Herkunft. Das Ministerkomitee beauftragte 1998 den Lenkungsausschuss für Menschenrechte (CDDH), ein Zusatzprotokoll zu entwerfen, in dem der Anwendungsbereich des Art. 14 EMRK erweitert werden und eine nicht erschöpfende Liste von Diskriminierungsmerkmalen enthalten sein sollte. Der CDDH entschloss sich, lediglich die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf die Konventionsrechte aufzuheben und seinen Anwendungsbereich auf »alle rechtlich festgelegten Rechte« auszudehnen. Die Aufzählung der Diskriminierungsmerkmale wurde nicht verändert.³⁶ Der Entwurf des CDDH wurde am 4. November 2000 in Rom als **ZP 12** zur Unterzeichnung aufgelegt. Es trat nach der Ratifikation durch zehn Mitgliedstaaten am 1. April 2005 in Kraft (Art. 5 Abs. 1). Nach wie vor hegen viele Mitgliedstaaten Vorbehalte gegen ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das sie für zu unpräzise und zu weitgehend halten. Einige befürchten zudem, dass das ZP 12 im Sinne einer Verpflichtung der Staaten ausgelegt werden könnte, entsprechende Gesetze gegen Diskriminierungen in den Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen zu erlassen und durchzusetzen.³⁷
- 8 Das ZP 7 enthält in Art. 5 einen **speziellen Gleichheitssatz zur Stellung der Ehegatten** hinsichtlich der Eheschließung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe. Dieses Protokoll hatte die Aufgabe, die EMRK durch Rechte zu ergänzen, die in dem 1976 in Kraft getretenen IPbPR garantiert waren. Damit sollten beide Schutzsysteme in Übereinstimmung gebracht werden. Die Gleichberechtigung der Ehegatten in Art. 5 ZP 7 orientiert sich an Art. 23 Abs. 4 IPbPR und Art. 17 Abs. 4 AMRK.³⁸ Er ist präziser gefasst, da er sich ausdrücklich nur auf die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten einschließlich des Vermögens und ihrer Beziehung zu den gemeinsamen Kindern erstreckt.³⁹ Ein Recht auf Eheschließung und auf Scheidung beinhaltet die Vorschrift nicht.⁴⁰ Das ZP 7 trat 1988 in Kraft. Wegen seines begrenzten Anwen-

³⁵ Vgl. zur Vorgeschichte ausf. Expl. Rep., Rn. 2–13.

³⁶ Weitere Kriterien wurden ganz bewusst nicht aufgenommen, damit man nicht aus einer Hinzufügung im Umkehrschluss folgern könne, dass weitere, nicht in Art. 14 EMRK oder Art. 1 ZP 12 aufgezählte Kriterien nicht verpönt seien. So Expl. Rep., Rn. 20.

³⁷ Vgl. die Erklärungen einiger Staaten zu ihrem Abstimmungsverhalten im CDDH, CM(2000)53 Add. v. 26.4. 2000, App. II. Bis November 2012 haben nur 18 Parteien, und zwar osteuropäische Staaten sowie die Niederlande, Finnland, Luxemburg, Spanien und Andorra das ZP 12 ratifiziert. Deutschland hat unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. S. aus der Literatur J. Schokkenbroek, Stronger European Protection against Discrimination: The New Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, in: E. Klein (Hrsg.), Rassische Diskriminierung, 2002, 175; R. Wintemute, EHRLR (2004), 484.

³⁸ A. H. Robertson/J. G. Merrills, Human Rights in Europe, 4. Aufl. 2004, 17 f., 260 ff.

³⁹ Expl. Rep., Rn. 34–39.

⁴⁰ Ebd., Rn. 39.

dungsbereichs hat Art.5 ZP 7 in der Rechtspraxis bisher keine nennenswerte Rolle gespielt.

Auf internationaler Ebene⁴¹ enthält der IPbpr von 1966 in Art.2 Abs.1 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, das sich im Wortlaut nur unwesentlich von Art.14 EMRK unterscheidet.⁴² Darüber hinaus sind in Art.3 IPbpr der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, in Art.26 IPbpr der allgemeine Gleichheitssatz und eine positive Verpflichtung des Gesetzgebers zur Verhinderung von Diskriminierung sowie in Art.27 IPbpr der besondere Schutz von Minderheiten verankert. Damit geht dessen Anwendungsbereich erheblich weiter als derjenige der EMRK. Ergänzend dazu enthält der IPwskR von 1966 für den Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte in Art.2 Abs.2 ebenfalls ein akzessorisches Diskriminierungsverbot⁴³ und in Art.3 das Gleichberechtigungsgebot, in Art.7, lit. a ii) den Grundsatz der Entgeltgleichheit für Mann und Frau, in Art.10 Nr.3 einen Anspruch auf Sondermaßnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen ohne Diskriminierung aufgrund der Abstammung oder aus sonstigen Gründen sowie in Art.13 Abs.2, lit. b und c die Verpflichtung der Vertragsstaaten, jedem nach seinen Fähigkeiten den gleichen Zugang zu einer höheren Schul- und Hochschulbildung zu ermöglichen. Außerdem sind in den speziellen UN-Menschenrechtskonventionen besondere Diskriminierungsverbote enthalten, so z.B. jeweils in Art.1 der Rassendiskriminierungskonvention von 1966, der Frauendiskriminierungskonvention von 1979 und in Art.5 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen von 2006⁴⁴.

Im Recht der EU stand zunächst das in Art.18 AEUV enthaltene allgemeine und in den Grundfreiheiten speziell geregelte Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Vordergrund, weil gerade die protektionistische Begünstigung der eigenen Staatsangehörigen bzw. der inländischen Produkte die Errichtung des Binnenmarktes behinderten.⁴⁵ Eine bedeutende Rolle haben daneben der in Art.157 AEUV enthaltene Grundsatz der Entgeltgleichheit und das vom EuGH in engem Zusammenhang damit als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannte Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts gespielt (→ Rn.29, 147f.). Mit dem Vertrag von Amsterdam von 1997 ist Art.19 AEUV eingefügt worden, der den Rat dazu ermächtigt, Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu ergreifen.⁴⁶ Dabei sind im

⁴¹ Einen guten Überblick über allgemeine und spezielle Diskriminierungsverbote in internationalen Verträgen geben A. McColgan, *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2000, 157 und D. Schiek/L. Waddington/M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford 2007.

⁴² Art.2 Abs.1 IPbpr: »Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaft unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten«.

⁴³ Hierzu Economic and Social Council, General Comment No.20 »Non-discrimination in economic, social and cultural rights«, UN Doc. E/C.12/GC/20 v. 2. Juli 2009.

⁴⁴ In Deutschland umgesetzt durch BGBl.2008 II, 1419. Dazu H. Bielefeldt, *Zum Innovationspotential der UN-Behindertenrechtskonvention*, Essay No.5, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2008.

⁴⁵ Vgl. dazu auch S. Huster, in: Friauf/Höfling, GG, Art.3 Rn.6.

⁴⁶ Art.19 Abs.1 AEUV: »Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrages kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag

Vergleich zu Art. 14 EMRK sog. moderne Differenzierungskriterien wie »Behinderung«, »Alter« und »sexuelle Ausrichtung« in den Katalog aufgenommen worden. Von dieser Regelungsermächtigung hat der Rat bisher durch den Erlass von vier »Antidiskriminierungsrichtlinien« Gebrauch gemacht (→ Rn. 81).⁴⁷ Neben der Neufassung der Gleichbehandlungsrichtlinie durch die Richtlinie 2006/54/EG wurde zuletzt auf Grundlage von Art. 13 EGV die Richtlinie 2004/133/EG verabschiedet, um die Gleichstellung der Geschlechter auch außerhalb der Arbeitswelt zu gewährleisten. Für den Bereich außerhalb der Arbeitswelt liegt bereits eine fünfte Antidiskriminierungsrichtlinie als Kommissionsentwurf vor, die Benachteiligungen auch aufgrund der anderen Differenzierungskriterien verbietet.⁴⁸ Die GRC enthält neben dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20) und dem Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 23) ein umfassendes Diskriminierungsverbot (Art. 21 Abs. 1), das neben den in Art. 14 EMRK und Art. 19 AEUV bereits genannten Kriterien auch die »genetischen Merkmale« als Unterscheidungskriterium verbietet (→ Rn. 216). Sie ist mit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags rechtsverbindlich geworden und nimmt den gleichen Rang wie die Verträge ein (Art. 6 Abs. 1 EU).

B. Strukturvergleich

I. Diskriminierungsverbote als »Garantien zweiter Klasse«?

- 11 Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist **akzessorisch** zu den Konventionsfreiheitsrechten. Es greift nur ein, sobald der Regelungsbereich eines Freiheitsrechts eröffnet ist (→ Rn. 31 ff.). Das ZP 12 statuiert ein **nichtakzessorisches** Diskriminierungsverbot (→ Rn. 45 ff.). Rechtsprechung zu behaupteter Diskriminierung betrifft den Regelungsbereich praktisch aller Freiheitsrechte. Mit Abstand am häufigsten wurde Art. 14 EMRK von den Beschwerdeinstanzen bisher in Verbindung mit Art. 1 ZP (Löhne, Renten, Sozialleistungen, Steuern und Erbrecht) (→ Rn. 85 f.) und Art. 8 EMRK (vielfach zum Privatleben homosexueller Männer, zum Familienleben und den Rechten nichtehelicher Väter sowie zu Berufsverboten) (→ Rn. 194 ff.) erörtert. Weitere erfolgreiche Beschwerden wegen Diskriminierung betrafen Art. 2 und 3⁴⁹ (vielfach zu rassistischer oder sexistischer Polizeigewalt oder mangelnder staatlicher Untersu-

der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen«.

⁴⁷ Siehe dazu auch Europäische Kommission, Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa. Ein Vergleich in den 27 EU-Mitgliedstaaten, November 2009, abrufbar unter ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=5681&langId=de.

⁴⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM (2008) 426 endg. v. 2. 7. 2008; vgl. auch die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. 4. 2009, ABl. EU C 137 E/22. Dazu H. Reppelmund, Die »fünfte Antidiskriminierungsrichtlinie«, EuZW 2008, 514.

⁴⁹ EGMR No. 43134/05 – *G.N. v. Italien* (2009) zur Ungleichbehandlung bei der Entschädigung von Thalassämiepatienten, die durch Bluttransfusionen der staatlichen Gesundheitsdienste mit HIV oder Hepatitis infiziert wurden.

chungen von Gewaltverbrechen) (→ Rn. 194 ff.), Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK (Zwangslarbeit),⁵⁰ Art. 6 EMRK (Zugang zu Gericht oder faires Verfahren),⁵¹ Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit),⁵² Art. 11 EMRK (Vereinigungsfreiheit),⁵³ Art. 2 ZP (Bildung),⁵⁴ Art. 3 ZP (freie Wahlen)⁵⁵ und Art. 2 ZP 4 (Freizügigkeit)⁵⁶.

Die Erarbeitung des ZP 12 zeigt, dass mit dem Schutz durch Art. 14 EMRK Unzufriedenheit herrschte. Nachdem aber das ZP 12 von vielen Staaten nicht ratifiziert wurde (→ Rn. 48),⁵⁷ ist Art. 14 EMRK durch eine dynamische Rechtsprechung massiv gestärkt worden. Die Akzessorietät wurde gelockert (→ Rn. 33) und der gesamte Bereich sozialer Ansprüche in den Anwendungsbereich von Art. 14 gezogen. Eine geltendgemachte Diskriminierung prüft der Gerichtshof vor Freiheitsrechten, wenn sie den Schwerpunkt des Falles bildet (→ Rn. 39) und er stellt zunehmend Doppelverletzungen (von Freiheitsrechten und des Diskriminierungsverbots) fest (→ Rn. 40). Die strikte Rechtfertigungsprüfung für bestimmte Differenzierungsgründe wurde gefestigt, weiter differenziert, es wurde eine gleitende Rechtfertigungsprüfung entwickelt und der Einschätzungsspielraum etwas besser konturiert. Wenn auch weiterhin »Schlupflöcher«⁵⁸ bestehen, nahm der EGMR in den letzten Jahren weniger Rücksicht auf politische Empfindlichkeiten. Lediglich im Bereich der Sozial- und Wirtschaftspolitik ließ er den Mitgliedstaaten (zu Recht) weite Spielräume. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist keine »Garantie zweiter Klasse«⁵⁹ mehr.

Im Gegensatz zu Art. 14 EMRK, aber parallel zu Art. 1 ZP 12, sind die Gleichbehandlungsgebote bzw. Diskriminierungsverbote des GG nicht akzessorisch. Ihre An-

⁵⁰ EGMR No. 13580/88, A 291-B, §§ 21 ff. – *Schmidt*; No. 17209/02, Rep. 2006-VIII – *Zarb Adami*.

⁵¹ EGMR No. 14518/89, A 263, §§ 61 ff. – *Schuler-Zraggen*; No. 26111/02, Rep. 2006-VIII – *Mizzi*; No. 45413/07, § 40 – *Anakomba Yula* (2009); No. 37193/07 – *Paraskeva Todorova* (2010); No. 46286/09 u. a. – *Maggio* (2011); No. 29032/04 – *M u. C v. Bulgarien* (2011). In No. 16084/90 – *Protopapa* (2009) wurde eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 5, 6 und 7 verneint.

⁵² EGMR No. 71156/01 – *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others* (2007) (Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 3 und Art. 9 EMRK); No. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a.* (2008); No. 42967/98, § 55 – *Löffelmann* (2009); No. 49686/99, § 40 – *Gütl* (2009); No. 28648/03, § 32 – *Lang* (2009); No. 7710/02 – *Grzelak* (2010); No. 7798/08 – *Savez Crkava »Riječ života«* (2010).

⁵³ EGMR No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III – *Chassagnou* (GK); No. 1543/06 – *Bączowski u. a.* (2007); No. 26740/02 – *Grande oriente d'Italia di palazzo giustiniani* (No. 2) (2007); No. 67336/01, § 136 – *Danilenkov u. a.* (2009); Nos. 41561/07 u. 20972/08 – *United Macedonian Organisation Ilinden – Pirin* (No. 2) (2011).

⁵⁴ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, 61 ff., insb. 70 – *Belgischer Sprachenfall* (Pl.); No. 57325/00, Rep. 2007-IV – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK); No. 32526/05 – *Sampanis u. a.* (2008); No. 15766/03, Rep. 2010 – *Orsus u. a.* (GK); No. 5335/05 – *Ponomaryovi* (2011).

⁵⁵ EGMR No. 69949/01 – *Aziz* (2004). Siehe auch Nos. 17173/07 u. 17180/07 – *Sevinger u. Eman* (Zul.) (2007).

⁵⁶ EGMR Nos. 55762/00 u. 55974/00 – *Timishev* (2005).

⁵⁷ Plädoyer für die Ratifikation des ZP 12 zur Schließung der Rechtslücken: *R. Wintemute*, Filling the Article 14 »Gap«: Government Ratification and Judicial Control of Protocol No. 12 ECHR, EHR-LR 9 (2004), 484. Kritisch zum ZP 12 S. *Trechsel*, Überlegungen zum Verhältnis zwischen Art. 14 und dem 12. Zusatzprotokoll, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, 2003, 119 ff., 130 ff. (Gefahr der abwärtsnivellierenden Wirkung des nichtsakzessorischen Diskriminierungsverbots, Abhängigkeit der Anwendung von der Rechtslage des betroffenen Staates, Überforderung des Gerichtshofs wegen Uferlosigkeit).

⁵⁸ *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 182.

⁵⁹ So noch 2002 *Wildhaber*, 71.

wendung setzt keine Betroffenheit eines Freiheitsrechts voraus (→ Rn. 49f.). Was den Erfolg der Beschwerden angeht, so ähnelt die Bilanz derjenigen der EMRK: Art. 3 GG ist das wohl am häufigsten angerufene Grundrecht, jedoch sind diesbezügliche Verfassungsbeschwerden selten erfolgreich.

II. Strukturgleichheit mit der Freiheitsrechtsprüfung

- 14 Der EGMR prüft behauptete Verletzungen von Art. 14 EMRK (i. V. m. einem Freiheitsrecht) analog zur Verletzung von Freiheitsrechten.⁶⁰ Die **Grobstruktur der Prüfung ist jeweils zweistufig**. Bei den Freiheitsrechten haben sich dabei die Schlagworte (1) »Interference« und (2) »Justification« eingebürgert. Beim Gleichheitsrecht prüft der EGMR teilweise unter den Überschriften (1) »Applicability« und (2) »Compliance«.⁶¹ Der Sache nach geht es in beiden Konstellationen um die Prüfung von (1) Eingriff in den Schutzbereich und (2) Rechtfertigung dieses Eingriffs. Die **Feinstruktur der Rechtfertigungsprüfung** ist ebenfalls sehr ähnlich. Sowohl in der Freiheitsrechtsprüfung als auch im Rahmen von Art. 14 EMRK werden zum einen die **Legitimität des Ziels** der staatlichen Maßnahme und zum zweiten die **Verhältnismäßigkeit** geprüft und dabei der **Einschätzungsspielraum** des Staates nach einheitlichen Kriterien berücksichtigt (→ Rn. 231 ff.). Sicher wurde die Herausbildung dieser strukturgleichen Prüfung durch die Akzessorietät befördert, weil aufgrund dieser Art. 14 EMRK immer zusammen mit einem konkreten Freiheitsrecht in den Blick genommen wird.
- 15 Spiegelbildlich dazu hat die Nichtakzessorietät des Art. 3 GG es begünstigt, dass in der **deutschen Grundrechtsdogmatik herkömmlicherweise Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte als strukturell andersartig** angesehen wurden (→ Rn. 235).⁶² Jedoch nähert die neue und neueste Formel des BVerfG mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Differenzierung (→ Rn. 240) die deutsche Gleichheitsrechtsdogmatik der Freiheitsrechtsprüfung und auch der EMRK-Sichtweise an.

III. Allgemeiner Gleichheitssatz oder spezielles Diskriminierungsverbot?

- 16 In der EMRK wurde – entgegen ursprünglicher Pläne – nicht allgemein die Gleichbehandlung von Personen geboten bzw. die Ungleichbehandlung verboten. Die Konventionsstaaten folgten diesbezüglichen Empfehlungen der Beratenden Versammlung nicht, weil sie befürchteten, über das Vehikel eines allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes würde ihre gesamte staatliche Rechtsordnung einer internationalen Kontrollinstanz unterworfen (→ Rn. 5f.). Dennoch ist die Ansicht, der EMRK fehlte bis zum Inkrafttreten des ZP 12 ein allgemeiner Gleichheitssatz⁶³ präzisierungsbedürftig. Bei den Gleichheitssätzen sind drei Arten von Allgemeinheit zu unterscheiden: Die Allgemeinheit des Sachbereichs, die Statusallgemeinheit (keine Akzessorietät) und die Dif-

⁶⁰ Betonung der Strukturgleichheit bei Wildhaber, 73.

⁶¹ S. nur EGMR No. 55707/00, Rep. 2009 – *Andrejeva* (GK); No. 22028/04 – *Zaunegger* (2009). Auf französisch »applicabilité«, und »observation« (siehe z. B. EGMR No. 36541/97, §§ 74f. – *Bucheö* [2003]).

⁶² Die Strukturverschiedenheit wird im Kontext von Art. 3 Abs. 1 GG erörtert, die Erwägungen müssten aber auch für die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG gelten.

⁶³ So die Vorauff. Rn. 15.

ferenzierungsallgemeinheit (keine Anknüpfung an bestimmte Differenzierungsgründe).⁶⁴ Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist sachbereichsallgemein. Der Vorschrift fehlt aber wegen der Akzessorietät die Statusallgemeinheit. Aufgrund der Aufzählung von sensiblen Differenzierungskriterien (→ Rn. 19 ff.), die identisch im ZP 12 wiederholt werden, fehlt auf den ersten Blick die Differenzierungsallgemeinheit.

Vor allem die genannten Merkmale scheinen Art. 14 EMRK zu einem Pendant des Art. 3 Abs. 3 GG, nicht des Art. 3 Abs. 1 GG zu machen. Jedoch sind im Vergleich zum GG in Art. 14 EMRK (und identisch in Art. 1 ZP 12) mehr sensible Kriterien genannt, ihre Aufzählung ist nicht abschließend und die Auffangklausel führt zu einer weitgehenden Differenzierungsallgemeinheit (→ Rn. 21). Zweitens wirkt Art. 14 EMRK, von den Rechtfertigungsanforderungen her gesehen, nicht so strikt wie die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Die Schärfe der richterlichen Kontrolle von Ungleichbehandlungen ähnelt vielmehr der neuen Formel des BVerfG im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes (→ Rn. 240). Drittens liegt eine Begrenzung der Durchschlagkraft des Art. 14 EMRK in der Akzessorietät der Vorschrift. Die Lockerung der Akzessorietät (dazu → Rn. 33) hat aber zu einer Statusallgemeinheit von Art. 14 EMRK geführt. Schließlich findet im Hinblick auf die Rechtfertigungslast die Zweispurigkeit des GG mit allgemeinem Gleichheitssatz einerseits und Diskriminierungsverboten andererseits eine Parallele darin, dass der EGMR im Rahmen des Art. 14 EMRK in Abhängigkeit vom Differenzierungskriterium unterschiedlich hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt und den mitgliedstaatlichen Einschätzungsspielraum variiert (→ Rn. 225 ff.). Im Ergebnis ist somit Art. 14 unter allen drei Allgemeinheitsaspekten und in Bezug auf die Kontrolldichte funktional sowohl als ein **allgemeiner Gleichheitssatz** als auch als Normierung **spezieller Diskriminierungsverbote** zu charakterisieren.⁶⁵

In sonstigen internationalen Verträgen werden typischerweise nicht nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, sondern zusätzlich eine allgemeine Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz eingeräumt.⁶⁶ Im US-amerikanischen Verfassungsrecht verlief die Rechtsentwicklung umgekehrt wie im Rahmen der EMRK: In der Verfassung kodifiziert ist lediglich ein allgemeiner Gleichheitssatz,⁶⁷ aber in diesen werden kraft richterlicher Rechtsfortbildung spezielle Diskriminierungsverbote hineingelesen, deren Verletzung gerichtlich strikter kontrolliert wird.⁶⁸

⁶⁴ Altwicker, 60–65.

⁶⁵ Für eine Qualifikation als allgemeiner Gleichheitssatz *Bossuyt*, in: Pettiti/Decaux/Imbert, 478 und 479; *Uerpman-Witzack*, in: Ehlers, § 3 Rn. 69 und 71; i.E. ebenso *H. Sauer* in: Karpenstein/Meyer, Art. 14 Rn. 4 f.

⁶⁶ Art. 2 und Art. 7 AEMR; Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 IPbpR (s. zur Nichtakzessorietät des Art. 26 die Allgemeine Bemerkung 18 [37] [1989] des Menschenrechtsausschusses, Rn. 12); Art. 20 und 21 GRC; Art. 1 Abs. 1 und Art. 24 AMRK; Art. 2 und Art. 3 AfrChRMV. Der IPwskR enthält in Art. 2 Abs. 2 nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Weil die Kontrollinstanzen der sonstigen internationalen Menschenrechtskonventionen viel schwächer sind als die der EMRK, haben die allgemeinen Gleichheitssätze dort *in praxi* weniger Biss als es ein allgemeiner Gleichheitssatz in der EMRK hätte. Die Vertragsparteien haben sich in den internationalen Verträgen weiterreichende (aber kaum durchsetzbare) Normen geleistet.

⁶⁷ Die Equal Protection Clause des 14. Amendment (von 1868), gerichtet an die Einzelstaaten sowie der Gleichheitssatz, der aus der Due Process Clause des 5. Amendments (von 1791) herausgelesen wird, gerichtet an den Bund.

⁶⁸ Es gibt drei unterschiedlich strenge Tests, je nachdem, welche Differenzierung der Staat getrof-

IV. Differenzierungskriterien (sensible Merkmale)

- 19 Art. 14 EMRK bzw. Art. 1 ZP 12 nennen mehr sensible Differenzierungskriterien als Art. 3 Abs. 3 GG. Ungefähr **deckungsgleich** sind im europäischen und im deutschen Verfassungsrecht die Kriterien Geschlecht, Rasse, Sprache, Religion, politische Anschauung, soziale Herkunft und Geburt. Rechtsvergleichend ist hervorzuheben, dass unter anderem die Behinderung⁶⁹ sowie der Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthaltsort⁷⁰ als »sonstiger Status« im Sinne von Art. 14 EMRK gelten – Merkmale, die gleichermaßen sensible Differenzierungsmerkmale nach Art. 3 Abs. 3 GG (»Heimat«, ⁷¹ »Behinderung«) sind. **Nur von Art. 14 EMRK**, nicht aber von Art. 3 Abs. 3 GG erfasst sind Differenzierungen nach der Hautfarbe, der sonstigen Anschauung, der nationalen Herkunft (also der Staatsangehörigkeit⁷²), der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit sowie nach dem Vermögen.
- 20 Im **internationalen Vergleich** ist festzustellen, dass die Liste der EMRK-Differenzierungsmerkmale **praktisch identisch** ist mit den wichtigsten anderen völkervertraglichen Diskriminierungsverboten, die ebenfalls nicht abschließende Kataloge derselben sensiblen Kriterien enthalten.⁷³ Der einzige Unterschied ist, dass die EMRK zusätzlich die Diskriminierung wegen der »Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit« verbietet. Weil dieses Merkmal aber zum Großteil durch die Kriterien der Sprache und Rasse mit abgedeckt sein dürfte, scheint es eher eine symbolisch-politische Bedeutung zu haben.
- 21 Der **EMRK-Merkmalkatalog** ist – wie die Kataloge der sonstigen internationalen Diskriminierungsverbote⁷⁴ – **nicht abschließend** (»insbesondere«; »oder eines sonstigen Status«). Dies ermöglicht die Einbeziehung neuer Gefährdungslagen bzw. den Schutz gegen Differenzierungen, die erst aufgrund gewandelter sozialer Anschauung als verdächtig gelten. Demgegenüber ist der Merkmalkatalog des Art. 3 Abs. 3 GG abschließend. Den »sonstigen Status« hat der EGMR als »persönliches Merkmal«⁷⁵

fen hat (»two-tiers equal protection«). Die Tests heißen »rational basis test«, »intermediate scrutiny« und »strict scrutiny« und markieren in dieser Reihenfolge eine steigende Kontrolldichte. Zur abweichenden Struktur der Rechtfertigungsprüfung im Rahmen von Art. 14 EMRK im Vergleich zum US-amerikanischen Modell der »verdächtigen« Merkmale A. *Baker*, Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a U.S. »Suspect Classifications« Model under Article 14 ECHR in the U.K., *AJCL* 56 (2008), 847–893.

⁶⁹ EGMR No. 13444/04, § 80 – *Glor* (2009).

⁷⁰ EGMR No. 42184/05, Rep. 2010, §§ 70f. – *Carson u. a.* (GK).

⁷¹ »Heimat« i. S. v. Art. 3 Abs. 3 GG meint die örtliche, nicht die nationale Herkunft, BVerfGE 107, 257 (271); C. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 394f. Die Nennung dieses Merkmals sollte Vertriebene und Flüchtlinge des Zweiten Weltkrieges schützen.

⁷² Die Staatsangehörigkeit fällt nicht unter »Herkunft« im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG (BVerfGE 51, 1 [30]).

⁷³ Art. 2 Abs. 1 AEMR; Art. 2 Abs. 2 IPbPR; Art. 2 Abs. 2 IPwskR; Art. 1 Abs. 1 AMRK. Art. 2 AfrChRMV enthält – vergleichbar mit dem Minderheitenstatus – das Kriterium der »Volkszugehörigkeit«. Lediglich die Liste der nach der UN-Charta verpönten Differenzierungskriterien ist kürzer: Art. 1 Ziff. 3 UN-Charta fordert die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion.

⁷⁴ Art. 21 GRC; Art. 2 Abs. 1 AEMR; Art. 2 Abs. 2 sowie Art. 26 IPbPR; Art. 2 Abs. 2 IPwskR; Art. 1 Abs. 1 AMRK; Art. 2 AfrChRMV.

⁷⁵ EGMR No. 5095/71 u. a., A 23, § 56 – *Kjeldsen u. a.*, No. 28135/95, Rep. 2000-VI, § 50 – *Magee*

oder als »identifizierbares Merkmal«⁷⁶ umschrieben. Deshalb werden in der Literatur überwiegend nur Differenzierungen anhand »personenbezogener« Merkmale als anwendungsbereichseröffnend anerkannt.⁷⁷ Als »sonstiger Status« gelten insbesondere die sexuelle Orientierung, der Familien- oder Zivilstand, Verwandtschaft, die elterliche Stellung (insbesondere als nichtehelicher Vater), die berufliche Stellung, eine KGB-Vergangenheit,⁷⁸ der Gefangenenstatus,⁷⁹ der Aufenthaltsstatus,⁸⁰ eine Behinderung, die Mitgliedschaft in einer Vereinigung sowie die genetische Disposition⁸¹ (siehe zu diesen Merkmalen im Einzelnen → Rn. 194 ff.). Der Gerichtshof wandte aber vereinzelt Art. 14 auch auf verhaltensbezogene Unterscheidungen (z. B. Fischerei im Küstenmeer und auf Hoher See)⁸² und auf rein sachverhaltsbezogene Differenzierungen (Belegenheitsort des Grundeigentums in den neuen oder alten deutschen Bundesländern;⁸³ Fristenregelung für eine Altersversorgung⁸⁴) an. Auch der gewöhnliche Aufenthalt und der Wohnsitz sind nach neuer Auffassung des EGMR »Merkmale« in diesem Sinne und Aspekte des »persönlichen Status«.⁸⁵ Weil diese Merkmale jedoch aufgrund persönlicher Wahl verändert werden können, ist hier jedoch nach Ansicht des Gerichtshofs kein gleich starker Schutz wie bei Differenzierungen aufgrund »innewohnender Merkmale« nötig. Die Veränderbarkeit des Merkmals führt also nicht dazu, dass eine hieran angeknüpfte Unterscheidung aus dem Schutzbereich von Art. 14 herausfällt, sondern lediglich zu einer Absenkung der Rechtfertigungsanforderungen an den Staat. So ist der ausländerrechtliche Status kein innewohnendes Merkmal einer Person, sondern ist zum einen willentlich von Betroffenen beeinflussbar und außerdem rechtlich (vom Aufenthaltsstaat) verliehen. Diese Natur des Status führt zu einem erweiterten *margin of appreciation*.⁸⁶ (→ Rn. 231).

(2000): »personal characteristics«; No. 43134/05, § 116 – *G. N. v. Italien* (2009): »caractéristique personnelle«; No. 3976/05, §§ 76–86 – *Şerife Yiğit (GK)* (2010).

⁷⁶ EGMR No. 42184/05, § 73 – *Carson u. a.* (2008) (»identifiable characteristic«), bestätigt von der GK, Rep. 2010, § 70.

⁷⁷ *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 17; *Grabenwarter/Pabel*, § 26 Rn. 8 (»sonstige persönliche Eigenschaften«); *Gerards*, 11; *Jarass*, Art. 21 Rn. 2 (»personengebundene Merkmale«); *Harris/O’Boyle/Warbrick*, 585.

⁷⁸ Ablehnend Richter *Thomassen*, EGMR Nos. 55480/00 u. 59330/00 – *Sidabras u. Džiautas* (2004), in seiner teilweise abweichenden Meinung, Annex (27).

⁷⁹ EGMR No. 37452/02, Rep. 2011, § 90 – *Stummer*. Nicht nur der Gefangenenstatus, sondern auch die Zugehörigkeit zu einer besonderen Kategorie von Gefangenen ist ein »sonstiger Status« (EGMR No. 7205/07, §§ 44–63 – *Clift* [2010]; No. 31827/02, § 55 – *Laduna* [2011]).

⁸⁰ Z. B. EGMR No. 58453/00, § 33 – *Niedzwiecki* (2005); No. 5632/07, § 45 f. – *Bah* (2011); No. 5335/05 – *Ponomaryovi* (2011).

⁸¹ EGMR No. 43134/05, §§ 126 f., 133 – *G. N. v. Italien* (2009) zu einer Erbkrankheit.

⁸² EGMR No. 27824/95, Rep. 2002-VII, §§ 79, 83 – *Posti u. Rahko*; No. 33538/96, § 70 – *Alatulkiila u. a.* (2005).

⁸³ EGMR No. 55878/00, §§ 15 f. – *Weber (Zul.)* (2006).

⁸⁴ EGMR No. 46286/09 u. a., § 72 – *Maggio* (2011).

⁸⁵ EGMR No. 42184/05, Rep. 2010, §§ 70 f. – *Carson (GK)*. Hier hatte die beklagte britische Regierung vorgebracht, dass der Wohnsitz kein »persönliches Merkmal« im Sinne der früheren Rechtsprechung sei. Siehe noch EGMR No. 28135/95, § 50 – *Magee* (2000): Der zufällige Aufenthaltsort in einem Staat, in dem regionale Rechtsunterschiede existieren, ist kein persönliches Merkmal. Ungleichbehandlung von Häftlingen durch unterschiedliches Strafprozessrecht in England and Wales verletzt nicht Art. 14 EMRK.

⁸⁶ EGMR No. 5632/07, § 47 – *Bah* (2011).

- 22 Der authentische französische Konventionstext (»toute autre situation«) spricht gegen ein enges Verständnis von »Status«. Hinzukommt, dass letztlich wohl jede sachverhaltsbezogene Unterscheidung auch in eine personenbezogene umformuliert werden kann. Mit diesen Argumenten wird in der Literatur teilweise vertreten, dass unter das Auffangmerkmal des »Status« **sämtliche Differenzierungen** fielen.⁸⁷ Bislang sind aber die Entscheidungen, in denen rein sachbezogene Differenzierungen als »sonstigen Status« gewertet wurden, selten geblieben. Es ist unklar, ob eine Einebnung der Unterscheidung zwischen Nichtdiskriminierungsrecht und allgemeinem Gleichheitsrecht vom Gerichtshof beabsichtigt ist. Bei Anwendung des nichtakzessorischen Diskriminierungsverbots des Art. 1 ZP 12 EMRK würde die Differenzierungsallgemeinheit zu einer uferlosen Rügbarkeit staatlicher Regelungen und zu einer weiteren Verschärfung der Arbeitsbelastung des Gerichtshofs führen.⁸⁸ Die besseren Argumente sprechen also für eine enge Auslegung des »sonstigen Status«.

V. Rechtsanwendungs- und Rechtssetzungsgleichheit

- 23 Art. 14 EMRK schützt vor Diskriminierung nicht nur in der Rechtsanwendung, sondern auch in der Rechtssetzung. Denn der diskriminierungsfreie Genuss der Freiheitsrechte ist nach dem Wortlaut von Art. 14 EMRK umfassend »zu gewährleisten.«⁸⁹ Entsprechend werden vom EGMR nicht bloß Rechtsanwendungsakte, sondern auch nationale Gesetze am Diskriminierungsverbot gemessen.⁹⁰ Der EGMR wurde in einer Zeit errichtet, als die richterliche Normenprüfungsbefugnis in Europa weitgehend anerkannt war. Die problemlose **Bindung der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber**⁹¹ an das Diskriminierungsverbot baut somit auf den verfassungsstaatlichen Errungenschaften gleichheit (erst) mit dem Inkrafttreten des GG (trotz des etwas missverständlichen Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 GG: »vor dem Gesetz«) durch die klare Bindung des Ge-

⁸⁷ Jacobs/White/Ovey, 551; Uerpman-Witzack, in: Ehlers, § 3 Rn. 69.
⁸⁸ Altwicker, 191 Fn. 640.

⁸⁹ S.a. Art. 1, nach dem die Konventionsrechte gegen Verletzung durch alle Typen von »Hoheitsgewalt« geschützt sind.

⁹⁰ Klarstellung in EGMR No. 5310/71, A 25, § 226 – *Irland v. Vereinigtes Königreich (Pl.)*. S.a. No. 6833/74, A 31, §§ 22, 58 – *Marckx (Pl.)* sowie No. 12849/87, A 214-C, §§ 19 ff. – *Vermeire* (beide zum belg. Code Civil); No. 25088/94 u.a., Rep. 1999-III, §§ 86 ff. – *Chassagnou (GK)* (zur frz. Loi 38 f. – *Wolfmeyer* (2005) (zu Art. 209 österr. StGB); No. 40825/98, § 92 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a.* (2008) (zum österr. Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften von 1998). In EGMR No. 22028/04, §§ 45 f. – *Zaunegger* (2009) (zu vornehme, sondern lediglich prüfe, ob deren Anwendung im Einzelfall zur Diskriminierung des Bf. führe. Wenn aber das Gesetz den Gerichten keinen Spielraum lässt, führt dies zu einem Urteil über die Konventionswidrigkeit der Gesetzesnorm.

⁹¹ Mit der Normenkontrolle übt der EGMR eine zentrale verfassungsgerichtliche Funktion aus. Konflikte zwischen dem EGMR als Verfassungsgericht und dem (nationalen) Gesetzgeber sind leicht dadurch abgeschwächt, dass der EGMR nationale Normen nicht aufhebt, sondern nur ein Feststellungsurteil fällt. Jedoch verpflichtet Art. 46 EMRK den nationalen Gesetzgeber zur Herstellung einer konventionskonformen Gesetzeslage in Übereinstimmung mit den Schlussfolgerungen des Straßburger Urteils.

setzgebers an alle Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) endgültig etabliert.⁹² Darüber hinaus etablierte der EGMR die EMRK als »Super-Verfassung«, indem er erstmals 2009 Vorschriften einer Staatsverfassung als konventionswidrig diskriminierend qualifizierte.⁹³

VI. Rechtfertigungsfähigkeit, Darlegungs- und Beweislast

Art. 14 EMRK statuiert kein striktes Unterscheidungsverbot, sondern nur ein **Verbot nicht gerechtfertigter Unterscheidungen**.⁹⁴ Das heißt, dass Differenzierungen grundsätzlich rechtfertigungsfähig sind (vgl. aber → Rn. 227). Eine Ungleichbehandlung beinhaltet nicht automatisch eine Verletzung von Art. 14 EMRK. Die materiellen Anforderungen an die Rechtfertigung von Differenzierungen bei Art. 14 EMRK ähneln der neuen Formel des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG (→ Rn. 240). Damit übt der EGMR keine strikte Kontrolle über die nationalen Organe aus. Auch in Bezug auf das GG hat sich in neuerer Zeit die Meinung durchgesetzt, dass sowohl der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch die besonderen Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG) nicht jede Ungleichbehandlung verbieten, sondern nur die ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen. Es sind also auch nach dem GG Differenzierungen rechtfertigungsfähig (→ Rn. 235 f.).

Die Rechtfertigungsfähigkeit impliziert eine Rechtfertigungspflichtigkeit und damit ein »Begründungsgebot«⁹⁵ für Differenzierungen anhand der sensiblen Merkmale. Daraus ergibt sich folgende prozedurale und materielle Lastenverteilung: Der Gerichtshof prüft eine Verletzung von Art. 14 EMRK nicht von Amts wegen, wenn der Bf. keine Diskriminierung geltend macht.⁹⁶ Wenn der Bf. substantiiert dargelegt hat, dass er anders behandelt wurde als eine relevante Vergleichsgruppe,⁹⁷ so fällt die **Darlegungslast, die Beweislast sowie die inhaltliche Rechtfertigungslast auf den beklagten**

⁹² Grundlegend bereits G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl. 1959, *passim*, insb. 123 ff., 216 ff. (orig. 1925); H. Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924, 26 ff. Die zuvor favorisierte Begrenzung des Gleichbehandlungsgebots auf die Rechtsanwendungsgleichheit war durch Erwägungen der Gewaltentrennung motiviert gewesen. Die Gegner der Rechtssetzungsgleichheit befürchteten Eingriffe der Gerichte in die Domäne des Gesetzgebers. Mit der grundsätzlichen Anerkennung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland war diesem Argument der Boden entzogen worden. Siehe aus der schweizerischen Perspektive M. Oesch, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtssetzung, 2008.

⁹³ EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009 – *Sejdić u. Finci (GK)*: Die Beschränkung des passiven Wahlrechts auf »konstituierende Völker« von Bosnien-Herzegowina und der dadurch bewirkte Ausschluss von Roma und Juden durch Art. IV und V. der Verfassung von Bosnien-Herzegowina (Annex IV des Dayton-Abkommens vom 14. 12. 1995) verletzten Art. 14 i. V. m. Art. 3 ZP (für die Wahlen zum Volkshaus) und Art. 1 ZP 12 (für die Wahlen zur Präsidentschaft).

⁹⁴ Grundlegend EKMR No. 2299/64, YB 10 (1967), 626 (682) – *Grandrath (PL)*: »certain differentiations may be legitimate and therefore not precluded by Article 14«; EGMR Nos. 1474/62 u. a., A 6, § 12 – *Belgischer Sprachenfall (PL)*: »unjustified distinctions, that is to say discriminations«; s. a. No. 4464/70, A 19, § 46 – *Belgische Polizeigewerkschaft (PL)*. A. A. (für die Auslegung des Art. 14 EMRK als striktes Unterscheidungsverbot) M. Sachs, Art. 14 EMRK: Allgemeines Willkürverbot oder striktes Unterscheidungsverbot?, ÖZÖR 1984, 333 (359–390) mit beachtlichen Argumenten.

⁹⁵ Altwicker, 209.

⁹⁶ EGMR No. 11761/85, A 179, § 73 – *Obermeier*; No. 11487/85, A 185-B, § 32 – *Koendjbiharie*; No. 24194/94, Rep. 1997-VI, § 62 – *Pierre-Bloch*.

⁹⁷ EGMR Nos. 4149/04 u. 41029/04, Rep. 2012, § 45 – *Aksu (GK)*.

Staat.⁹⁸ Die Begründung durch den Staat muss gewissen formalen Anforderungen genügen. Eine einfache Berufung auf das allgemeine Interesse genügt nicht, die Begründung muss widerspruchsfrei sein, die geltendgemachten Ziele dürfen nicht auf Vorurteilen und Stereotypen beruhen, und der Differenzierungsgrund selbst darf nicht als Zweck der Unterscheidung angegeben werden.⁹⁹

- 26 Bei der **Beweiswürdigung** legt der Gerichtshof den Maßstab »jenseits des vernünftigen Zweifels« an.¹⁰⁰ Er betont jedoch, dass er nicht an straf- oder zivilgerichtliche Standards der nationalen Rechtsordnungen gebunden ist, weil er die (öffentlich-rechtliche) Verantwortung eines Mitgliedstaates zu ermitteln habe. Der EGMR würdigt die Beweise frei, je nach tatsächlichem Kontext und den involvierten Rechten.¹⁰¹
- 27 Für drei Situationen ist eine **Beweislastumkehr** diskutiert worden. Erstens wird gelegentlich in der Literatur behauptet, dass Differenzierungen anhand der sechs »verdächtigen« Kriterien eine Umkehr der Beweislast auslösen würden.¹⁰² Dies findet in der Rechtsprechung keine Stütze.¹⁰³ Zweitens lässt der Gerichtshof bei der **mittelbaren Diskriminierung** (→ Rn. 78) – wie auch das BVerfG¹⁰⁴ – eine Beweiserleichterung zu,¹⁰⁵ die er vereinfachend als Beweislastumkehr (»prima facie evidence capable of shifting the burden of proof«¹⁰⁶) bezeichnet. In dieser Situation kann der Bf. keine Ungleichbehandlung anhand eines sensiblen Merkmals darlegen und beweisen, da er formal gar nicht ungleich behandelt wird. Er müsste die nachteiligen Auswirkungen einer Maßnahme auf überproportional viele Merkmalsträger beweisen. Weil dies schwierig ist, gilt Folgendes: Die vertretbare Behauptung¹⁰⁷ einer mittelbaren Diskriminierung durch den Bf. begründet einen Anscheinsbeweis (»prima facie evidence«) dahingehend, dass eine scheinbar neutrale Maßnahme oder Praxis tatsächlich mittelbar diskriminierend ist. Der Anscheinsbeweis kann auf dem Zusammenspiel ausreichend starker Indizien, auf tatsächlichen Vermutungen und insbesondere auf **Statistiken** basieren.¹⁰⁸ Wenn der Anscheinsbeweis greift, gibt der Gerichtshof dem Staat auf, darzulegen und zu beweisen, dass die Maßnahme entweder keine nachteiligen Aus-

⁹⁸ EGMR Nos. 55762/00 u. 55974/00, § 57 – *Timishev* (2005); No. 55707/00, Rep. 2009, § 84 – *Andrejeva* (GK); No. 37193/07, § 36 – *Paraskeva Todorova* (2010); No. 3976/05, § 71 – *Şerife Yiğit* (GK) (2010).

⁹⁹ *Altwickler*, 1191f.

¹⁰⁰ EGMR No. 24329/02, § 203 = *Soave u. a.* (2011).

¹⁰¹ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 147 – *Nachova u. a.* (GK); No. 15250/02, § 65 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 178 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK). No. 32526/05, § 75 – *Sampanis* (2008).

¹⁰² *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK Rn. 18.

¹⁰³ Siehe zur strengerer Kontrolle von Unterscheidungen anhand bestimmter Merkmale unten Rn. 225 ff.

¹⁰⁴ S. BVerfG (K) 1 BvR 308/03, NJW 2007, 137: Verkenntung des Schutzzweckes von Art. 3 Abs. 2 GG durch fehlerhafte arbeitsgerichtliche Auslegung von § 611a BGB (und der darin enthaltenen Beweislastumkehr).

¹⁰⁵ Grundlegend EGMR No. 58641/00 – *Hoogendijk* (2005).

¹⁰⁶ EGMR No. 33401/02, § 178 – *Opuz* (2009).

¹⁰⁷ »[A]rguable allegation«, EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 179 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK).

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 178: »proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact«. Zu statistischer Information auch EGMR No. 33401/02, § 198 – *Opuz* (2009). Zur Indizwirkung einer Statistik bei der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Rahmen einer Beförderung siehe BAG 8 AZR 483/09 v. 27.1.2011, NZA

wirkungen auf die Merkmalsträger hat, oder dass eventuelle numerische Auswirkungen auf objektiven Faktoren basierten, die nicht in Bezug zur ethnischen Herkunft standen und/oder, dass die Maßnahme erforderlich war um legitime Ziele zu erreichen.¹⁰⁹ In der Terminologie des Gerichtshofs ist eine so begründbare Maßnahme »nicht diskriminierend.«¹¹⁰ In dogmatischen Kategorien geht es auch hier bei der mittelbaren Diskriminierung um die Rechtfertigungsebene (umstritten). Die Begründungs- und Beweislast für die Rechtfertigung liegt hier, nicht anders als im Fall der direkten Diskriminierung, beim Staat.

Keine Beweislastumkehr findet in der dritten Konstellation, nämlich bei **mangelhafter staatlicher Untersuchung** potentiell rassistisch motivierter Gewaltakte, statt.¹¹¹ Im Anwendungsbereich von Art. 2 EMRK hatte der Gerichtshof den allgemeinen Grundsatz entwickelt, dass es bei Ereignissen, die ganz oder teilweise im Einflussbereich der Behörden liegen, dem Staat obliegt, eine überzeugende Erklärung der Vorfälle zu geben, insbesondere für den Tod einer inhaftierten Person. In *Nachova* hatte die Kammer diese Beweislastverschiebung auf potentiell rassistisch motivierte Polizeigewalt übertragen und in der offensichtlich mangelhaften Untersuchung des Vorfalls einen Anscheinsbeweis gesehen, der vom beklagten Staat entkräftet werden müsse.¹¹² Die Große Kammer lehnte diese Beweislastumkehr jedoch ab. Diese würde vom beklagten Staat fordern, die Abwesenheit einer subjektiven Einstellung des handelnden Amtsträgers zu beweisen.¹¹³ Allerdings ist die »Prozeduralisierung« von Art. 14¹¹⁴ nicht zuletzt auch eine Antwort auf das Beweisproblem. Indem der Gerichtshof die mangelhafte Untersuchung rassistischer Vorfälle als *eigenständige* Verletzung von Art. 14 EMRK qualifiziert (→ Rn. 93 ff.), entgeht er dem Problem des Nachweises rassistischer Motive.¹¹⁵

VII. Strukturvergleich mit den Diskriminierungsverboten der EU

Die diversen Diskriminierungsverbote im EU-Recht¹¹⁶ sind – anders als Art. 14 EMRK – nicht alle an die Vertragsparteien, sondern zum Teil nur oder gleichzeitig an die EU-

2011, 689 (691 ff.). In diesem Urteil begrenzt das BAG zudem die Anforderungen an die Glaubhaftmachung geschlechtsspezifischer Benachteiligung wegen Schwangerschaft bei der Stellenbesetzung.

¹⁰⁹ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, §§ 177, 189, 195 – *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (GK). Vgl. auch EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 157 – *Nachova u.a. (GK)* (kein Fall mittelbarer Diskriminierung); No. 32526/05, §§ 78 f., 83 – *Sampants u.a. (2008)* (unmittelbare und mittelbare Diskriminierung).

¹¹⁰ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 189 – *D.H. u.a. v. Tschechische Republik* (GK).

¹¹¹ Grundlegend EGMR No. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 157 – *Nachova u.a. (GK)*. Ferner No. 15250/02, § 65 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 24329/02, §§ 203–205 – *Soare u.a. (2011)*; No. 74832/01, § 117 – *Mižigárová* (2011).

¹¹² EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, §§ 169–171 – *Nachova u.a. (2004)*.

¹¹³ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 157 – *Nachova u.a. (GK)*. Obwohl in vielen Rechtsordnungen vom Nachweis der Diskriminierungsabsicht im Kontext von Arbeitsverhältnissen und Dienstleistungen auf den Nachweis einer Diskriminierungsabsicht verzichtet wird, kann dieser Verzicht nicht auf die Situation der behaupteten rassistisch motivierten Polizeigewalt übertragen werden.

¹¹⁴ *Altwickler*, 252 f., 378.

¹¹⁵ Zur Diskriminierungsabsicht siehe Rn. 69 ff.

¹¹⁶ Zu den Gleichheitsrechten und zum Diskriminierungsschutz: *Jarass* (Fn. 77), Art. 21–26;

Organe und Institutionen gerichtet. **Art. 20, 21 und 23 GRC** enthalten einen nichtakzessorischen allgemeinen Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote, gerichtet primär an die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie sekundär an die Mitgliedstaaten.¹¹⁷ Außerdem sind die Institutionen an den **ungeschriebenen allgemeinen Gleichheitssatz** (der ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts und damit auch ein Grundrecht ist) gebunden.¹¹⁸ Art. 19 AEUV enthält eine allgemeine Ermächtigungsnorm an den Rat zum Erlass von Antidiskriminierungsmaßnahmen. **Art. 18 AEUV** enthält ein sachbereichsallgemeines, an die Mitgliedstaaten gerichtetes Verbot der Diskriminierung aufgrund des Kriteriums der **Staatsangehörigkeit**.¹¹⁹ Spezielle, auf einzelne Formen wirtschaftlicher Betätigung beschränkte Diskriminierungsverbote (jeweils anhand der Staatsangehörigkeit und an einen grenzüberschreitenden Sachverhalt geknüpft) sind in den **Grundfreiheiten** (Art. 34, 45, 49, 56 AEUV) enthalten.¹²⁰ Art. 20 Abs. 2 lit. b AEUV verbietet die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf das Wahlrecht bei Kommunalwahlen. Die Diskriminierung von Frauen bzw. die **Frauengleichstellung** wird in Art. 8, in Art. 157 AEUV zur Lohngleichheit sowie in Art. 23 GRC thematisiert.¹²¹

30 Die EU-Verbote der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und wegen des Geschlechts im Erwerbsleben werden als Diskriminierungsverbote »der ersten Generation« bezeichnet.¹²² Ihr Grundrechtscharakter ist fraglich.¹²³ Insbesondere die

K. Odendahl, Gleichheitsgrundrechte, in: Heselhaus/Nowak, 1141 ff.; Mahlmann, Gleichheitsschutz im Europäischen Rechtskreis, in: Rudolf/ders. (Hrsg.), Gleichstellungsrecht: Handbuch, 2007, § 3; C. Tomuschat, Gleichheit in der Europäischen Union, ZaöRV 68 (2008), 327; T. Kingreen, in: Ehlers, § 17 Rn. 1 ff.; C. D. Classen, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?, EuR 2008, 627–653; D. Kugelmann, Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze, in: HGR VI/1, § 160, 979–1029. Speziell zur GRC: S. Hölscheidt, Gleichheit, in: Meyer, 331–395; Rengeling/Szczekalla, 685–786; Special issue: Revisiting the Principles of Equality: New Challenges for EU Law, Hrsg. von E. Muir/A. Pieter van der Mei, MJ 18 (2011), 3 ff. Speziell zum Antidiskriminierungsrecht inkl. Sekundärrecht: H. Meenan (Hrsg.), Equality Law in an Enlarged European Union, Understanding the Article 13 Directives, 2007. Rechtsvergleichend N. Bamforth, Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 9 (2006), 1–42.

¹¹⁷ Zu den Bindungsadressaten unten Fn. 421, 422.

¹¹⁸ EuGH Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 7 – *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg St. Annen*; siehe aus neuerer Zeit EuGH Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 ff., Rn. 39 – *Karlsson*. Nach EuGH Rs. C-442/00, Slg. 2002, I-1195, Rn. 32 – *Rodriguez Caballero* ist »der allgemeine Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung« ein Grundrecht. Nach den Erläuterungen des Präsidiums des Grundrechtskonvents nimmt Art. 20 GRC diesen allgemeinen Gleichheitssatz auf.

¹¹⁹ Dieses Diskriminierungsverbot gilt nur »im Anwendungsbereich« des EUV und AEUV.

¹²⁰ S. ferner Art. 95 AEUV (Verkehrspolitik); Art. 110 AEUV (Steuerpolitik).

¹²¹ Die auf Art. 157 AEUV aufbauende, primär- und sekundärrechtlich ausgestaltete Gleichheit im Erwerbsleben (gerichtet an die Mitgliedstaaten) ist von der umfassenden Geschlechtergleichheit (Art. 23 GRC), primär gerichtet an die Union selbst, zu unterscheiden (*Odendahl* [Fn. 116], 1163, 1175).

¹²² *Mahlmann* in: Rudolf/Mahlmann (Fn. 116), Rn. 19.

¹²³ Art. 21 Abs. 2 GRC enthält das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit »unbeschadet der besonderen Bestimmungen« der Verträge. Die Antidiskriminierungsrichtlinien sind allerdings explizit nicht anwendbar auf Unterscheidungen wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 3 Abs. 2 der beiden Richtlinien [RL 2000/43 u. 2000/78]). Die sachbereichsbeschränkte Geschlechtergleichheit im Erwerbsleben wird von *Odendahl* (Fn. 116), 1175, Rn. 37 nicht als Grundrecht qualifiziert.

staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverbote hatten ursprünglich eine primär **marktintegrative Funktion** und waren vor allem »transnationale Integrationsnormen«, die auf eine spezifisch »föderale Gefährdungslage« reagierten, insofern eher vergleichbar mit Art. 33 Abs. 1 GG.¹²⁴ Sie haben aber mittlerweile auch eine personale und soziale Dimension erlangt.¹²⁵ Demgegenüber werden die in der GRC und in den Antidiskriminierungsrichtlinien enthaltenen Verbote der Diskriminierung wegen der Rasse und zahlreicher weiterer Merkmale als Diskriminierungsverbote »der zweiten Generation« bezeichnet und sind eindeutig Grundrechte.

C. Sachlicher Gewährleistungsumfang

I. »Genuss« von Rechten

1. Akzessorietät und Autonomie von Art. 14 EMRK

Nach Art. 14 EMRK ist »[d]er Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten« diskriminierungsfrei zu gewährleisten. Wegen dieser Bezugnahme auf die Konventionsfreiheiten hat das Diskriminierungsverbot »keine unabhängige Existenz«,¹²⁶ sondern »ergänzt die anderen materiellen Garantien der Konvention«.¹²⁷ Art. 14 EMRK ist also eine **akzessorische Garantie**.¹²⁸ Akzessorietät heißt, dass eine Verletzung von Art. 14 EMRK nur in Verbindung mit einer Konventionsfreiheit rügbar ist. Damit Art. 14 EMRK eingreifen kann, muss der **Regelungsbereich** eines anderen Konventionsrechts (→Rn. 34f.) eröffnet sein.

Das Freiheitsrecht muss im konkreten Streitfall den beklagten Staat tatsächlich binden. Wenn also ein Freiheitsrecht einschlägig ist, das in einem **Protokoll** eingeräumt wurde, welches der beklagte Staat **nicht ratifiziert** hat, so ist auch Art. 14 EMRK in diesem Kontext nicht anwendbar. **Vorbehalte zu Freiheitsrechten** haben nicht dieselbe Wirkung, weil nach Art. 57 EMRK Vorbehalte »allgemeiner Art« nicht zulässig sind und somit kein Freiheitsrecht als Ganzes per Vorbehalt für nichtverbindlich erklärt werden kann. Wenn ein zulässiger Vorbehalt Teilaspekte eines Freiheitsrechts ausschließt, so dürfte normalerweise dennoch der Regelungsbereich dieses Rechts eröffnet sein, so dass Art. 14 EMRK anwendbar bleibt.

Bis 1965 fasste die Rechtsprechung die Akzessorietät so restriktiv auf, dass Art. 14 EMRK nur dann greifen sollte, wenn das einschlägige Freiheitsrecht (zumindest *prima*

¹²⁴ Gegen einen grundrechtlich-personalen Anspruch (für Unionsbürger untereinander) auf eine Behandlung »als Gleiche« S. Huster, Gleichheit im Mehrebenensystem: Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, EuR 2010, 325; T. Kin-green, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsgemeinschaft?, EuR 2010, 338. Diese Zielsetzung erklärt auch, dass die Vorschriften nicht die »Inländerdiskriminierung« verbieten.

¹²⁵ So Mahlmann in: Rudolf/Mahlmann (Fn. 116), Rn. 19.

¹²⁶ St. Rspr. seit EGMR Nos. 1474/62 u.a., A 6, § 9 – *Belgischer Sprachenfall* (Pl.).

¹²⁷ St. Rspr. seit EGMR No. 4464/70, A 19, § 44 – *Belgische Polizeigewerkschaft* (Pl.).

¹²⁸ S. mit dieser Terminologie (»accessory«) Rn. 3 des Explanatory Report zum ZP 12. S. zum nicht-akzessorischen Art. 1 ZP 12 → Rn. 45 ff. In der älteren Literatur und Rechtsprechung wurde Art. 14 EMRK als »komplementär« (Lambert, 497; Willem/van Hoof, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, 1031), »zusätzlich« (EGMR No. 9783/82, A 168, § 106 – *Kamasinski* (»supplementary«)), »kontingent« (Wildhaber, 80), »untergeordnet« (Bayefsky, 4) oder »parasitär« Harris/O'Boyle/Bates/Warbrick, 578, 580; Wildhaber, 72) charakterisiert.

facie) verletzt war. Konsequenz war, dass die Rechtfertigung des Freiheitsrechtseingriffs quasi automatisch die Diskriminierung mit rechtfertigte. Damit hatte Art. 14 EMRK keine eigenständige Bedeutung. Zu Recht wurde diese Konstruktion im *Belgischen Sprachenfall* von Kommission und Gerichtshof zugunsten einer effektivitätsorientierten Auslegung aufgegeben: Art. 14 EMRK setzt keine Verletzung einer anderen materiellen Konventionsgarantie voraus, sondern ist bereits dann anwendbar, wenn der Regelungsbereich eines Freiheitsrechts eröffnet ist.¹²⁹ Die Abkoppelung des Art. 14 EMRK von einer Verletzung eines Freiheitsrechtes wird als »Autonomie« des Diskriminierungsverbotes bezeichnet.¹³⁰ Wenn also eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zwar an sich von den spezifischen Rechtfertigungsanforderungen des Freiheitsrechts gedeckt ist, so kann sie doch dadurch zu einer Verletzung des Freiheitsrechts in Verbindung mit Art. 14 EMRK werden, dass die Einschränkung in diskriminierender Weise erfolgt.¹³¹ Insofern ist Art. 14 EMRK »integraler Bestandteil eines jeden Freiheitsrechts.«¹³²

2. Der Regelungsbereich (»scope«) der Freiheitsrechte

- 34 Art. 14 EMRK ist nur anwendbar, wenn der Regelungsbereich, engl. »scope«,¹³³ seltener »ambit«¹³⁴ oder »field of application«¹³⁵ (franz. »empire«, seltener »champ d'application« oder »domaine d'application«) eines Freiheitsrechts eröffnet ist. Formulierungen der Rechtsschutzinstanzen sind: Die Behauptungen müssen sich auf ein Freiheitsrecht beziehen,¹³⁶ ein Freiheitsrecht müsse involviert (»engaged«)¹³⁷ oder rele-

¹²⁹ St. Rspr. seit EGMR No. 9214/80 u. a., A 94 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*; s. aus neuer Zeit z. B. EGMR No. 58453/00, §§ 29, 31 – *Niedzwiecki* (2005); No. 59140/00, §§ 30, 32 – *Okpiz* (2005); No. 3545/04, § 28 – *Brauer* (2009). Der Bf. muss nicht die Verletzung eines Freiheitsrechts behaupten, sondern kann sich auf die Rüge von Art. 14 EMRK i. V. m. einem Freiheitsrecht beschränken. S. die Fälle in Fn. 159.

¹³⁰ Der Ausdruck wurde von *Marc-André Eissen*, einem seinerzeitigen Gerichtsschreiber, geprägt (*M.-A. Eissen, L'»autonomie« de l'Art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission*, in: *Mélanges offerts à Polys Modinos* [ohne Hrsg.], 1968, 112 ff.) und in die St. Rspr. übernommen.

¹³¹ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; klar bereits EKMR No. 1474/62 u. a., B 3, § 400 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*. S. zu diesem Grundsatzurteil *R. Pelloux, L'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire linguistique belge*, AFDI 14 (1968), 208; *L. Wildhaber, Der belgische Sprachenstreit vor dem EGMR*, SJIR 26 (1969), 9; *A. Khol, Zur Diskriminierung im Erziehungswesen*, ZaöRV 30 (1970), 263.

¹³² EGMR No. 1474/62 u. a., A 6 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; No. 4464/70, A 19, § 44 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)*; No. 6833/74, A 31, § 32 – *Marckx (Pl.)*. S. a. No. 6289/73, A 32, § 30 – *Airey*: »Art. 14 ... constitutes one particular element (non-discrimination) of each of the rights safeguarded by the Convention«.

¹³³ Z. B. EGMR No. 36385/97, § 7 f. – *Valmont (Zul.)* (1999): Mangels echtem Familienleben lag die Beschwerde nicht im »scope« von Art. 8 und Beschwerde gegen die Verweigerung der Aufenthaltsgenehmigung auf der Grundlage von Art. 14 i. V. m. Art. 8 offensichtlich unzulässig; EGMR No. 41127/98, § 9 – *De la Cierva Osorio de Mocosu (Zul.)* (1999): Adelstitel nicht im »scope« von Artikel 8.

¹³⁴ Aus neuer Zeit z. B. EGMR No. 55707/00, Rep. 2009, § 74 – *Andrejeva (GK)*; No. 7710/02, § 88 – *Grzelak* (2010).

¹³⁵ EGMR No. 11581/85, A 187, § 30 – *Darby*.

¹³⁶ EKMR No. 5763/72, YB 16 (1973), 274 (296) – *X v. Niederlande*.

¹³⁷ EGMR No. 2346/02, Rep. 2002-III, § 87 – *Pretty*.

vant (»relevant to the case«) sein¹³⁸ oder schließlich: Art. 14 EMRK betreffe die Ausübung der Freiheitsrechte (»exercise of one of the rights«).¹³⁹

Der »scope« für die Zwecke der Anwendbarkeit des Art. 14 EMRK ist **nicht identisch mit dem Schutzbereich** der Konventionsfreiheiten, isoliert betrachtet.¹⁴⁰ »Scope« meint im Wesentlichen bereits jede thematische Einschlägigkeit des Freiheitsrechts.¹⁴¹ Dies kann unter Verweis auf den Begriff des »Genusses« begründet werden. »Genuss« ist umfassender als »Ausübung« oder »Gewährleistung« und verlangt, dass eine Person der Freiheit tatsächlich teilhaftig werden soll.¹⁴² Deshalb ist das Diskriminierungsverbot nicht nur auf diejenigen Rechte anwendbar, deren Gewähr die Konvention den Mitgliedstaaten zwingend vorschreibt, sondern auch auf zusätzliche Ansprüche (nach nationalem Recht), welche der Staat freiwillig gewährt, sofern jene in den »general scope« eines Konventionsrechts fallen.¹⁴³ So fällt nach Auffassung des Gerichtshofs das Kindergeld¹⁴⁴ und der Elternurlaub¹⁴⁵ in den »scope« des Art. 8 EMRK, weil die Staaten durch diese Leistungen das Familienleben im Sinne von Art. 8 fördern. Ferner garantiert die EMRK kein Erbrecht, aber eine Diskriminierung in der gesetzlichen Erbfolge zwischen nahen Verwandten fällt in den Regelungsbereich von Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK.¹⁴⁶ Die staatliche Besteuerung wird durch Abs. 2 des Art. 1 ZP allgemein gerechtfertigt; dennoch gilt ein Verbot der diskriminierenden Besteuerung.¹⁴⁷ Art. 5 EMRK regelt nicht die Dauer der Freiheitsstrafe nach einem Strafurteil. Wenn aber die staatlichen Grundsätze der Strafzumessung den Anschein von Diskriminierung erwecken, dann ist der Regelungsbereich von Art. 5 i. V. m. Art. 14 EMRK eröffnet.¹⁴⁸ Nach Art. 4 Abs. 3, lit. d EMRK gilt eine Dienstleistung, die zu den üblichen

35

¹³⁸ EGMR No. 6833/74, A 31, § 32 – *Marckx (Pl.)*; vgl. auch No. 29515/95, Rep. 1999-I, § 28 – *Larkos*.

¹³⁹ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10; bereits EKMR No. 1474/62 u. a., B 6, § 400 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; EGMR No. 4464/70, A 19, § 45 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)*; No. 5589/72, A 21, § 39 – *Schmidt u. Dahlström*; s. a. No. 5100/71 u. a., A 22, §§ 72 f. – *Engel u. a. (Pl.)* (»affect the enjoyment of the right«).

¹⁴⁰ Hierzu im Einzelnen *Altwickler*, 149–151.

¹⁴¹ Beispielsweise sah EGMR No. 7710/02, § 88 – *Grzelak* (2010) eine fehlende Zeugnisnote für den Ethikunterricht im »ambit« von Art. 9. Aus der Literatur Grabenwarter/Pabel, § 26, Rn. 3; siehe auch *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK Rn. 48: »in seinem Regelungsbereich zumindest tangiert«. Siehe für ein sehr weites Verständnis von »ambit« A. Baker, *The Enjoyment of Rights and Freedoms: A New Conception of the »Ambit« under Article 14 ECHR*, MLR 69 (2006), 714.

¹⁴² *Altwickler*, 154.

¹⁴³ No. 37060/06, § 45 – *J. M. v. Vereinigtes Königreich* (2010) (Kindesunterhalt); No. 37452/02, Rep. 2011, § 81 – *Stummer (GK)* (Gefangenenaltersversorgung); No. 5632/07, § 35 – *Bah* (2011) (Sozialwohnung).

¹⁴⁴ EGMR No. 58453/00, § 31 – *Niedzwiecki* (2005).

¹⁴⁵ EGMR No. 30078/06, § 130 – *Markin (GK)* (2012).

¹⁴⁶ EGMR No. 6833/74, A 31, §§ 50–52 – *Marckx (Pl.)*; No. 68864/01, § 46 – *Merger u. Cros* (2004).

¹⁴⁷ EKMR No. 11089/84, DR 49, 181, 189 – *Lindsay (Pl.)*.

¹⁴⁸ EKMR No. 11077/84, DR 49, §§ 170, 173 f. – *Nelson*; No. 22564/93, DR 77-A, § 90 – *Grice*; No. 22761/93, DR 77-A, 98 – *R. M. v. Vereinigtes Königreich* In den beiden letzten Fällen machten aidskranke Strafgefangene geltend, dass die Strafzumessung in ihrem Fall von den Grundsätzen der Strafzumessung für sonstige schwerkranke Verurteilte abwich. In Bezug auf jene wurde nämlich die verkürzte Lebenserwartung bei der Bemessung der Freiheitsstrafe berücksichtigt. Die Kommission verneinte eine Diskriminierung, weil die Lebenserwartung der Aidskranken kaum vorhersehbar und deshalb die Nichtberücksichtigung von Aids als Strafmilderungsgrund gerechtfertigt war.

Bürgerpflichten gehört, nicht als Zwangsarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 EMRK. Dennoch nahm der Gerichtshof mit Blick auf eine Diskriminierungsprüfung an, dass eine Bestellung zum nicht entlohten Pflichtverteidiger oder zum Geschworenen in den Anwendungsbereich von Art. 4 EMRK fiel und damit Art. 14 EMRK griff.¹⁴⁹ Weil die EMRK kein Grundrecht der Berufsfreiheit enthält, kommt dieses als Anknüpfungspunkt für das Diskriminierungsverbot nicht in Betracht. In *Thlimmenos*, in dem der Bf. aufgrund einer religiös motivierten Vorstrafe wegen Wehrdienstverweigerung nicht zu einem staatlichen Beruf zugelassen wurde, hielt der Gerichtshof jedoch den Regelungsbereich von Art. 9 EMRK für eröffnet und bejahte eine Diskriminierung durch mangelnde Differenzierung (→ Rn. 165).¹⁵⁰ Die Berufsverbote für ehemalige KGB-Mitarbeiter in Litauen oder die Nichtzulassung zum Anwaltsberuf in Griechenland wurden an Art. 8 i. V. m. 14 EMRK gemessen (→ Rn. 11).

- 36 Wenn demgegenüber ein Sachverhalt **kein Freiheitsrecht tangiert**, kann Art. 14 EMRK isoliert keinen Klagegrund abgeben.¹⁵¹ Beispielsweise sind Ungleichbehandlungen in der Politik (Wahlkampfkostenerstattung)¹⁵² oder beim Zugang zum öffentlichen Dienst nicht rügefähig.¹⁵³ Besonders wichtig war diese Rechtsfolge ursprünglich in Bezug auf **wirtschaftliche und soziale Rechte**, die nicht von der EMRK gewährt werden, sondern nach dem Willen der Konventionsstaaten in die Europäische Sozialcharta ausgelagert wurden. Die neue Rechtsprechung ermöglicht dennoch Diskrimi-

¹⁴⁹ EGMR No. 8919/80, A 70, §§ 38, 43 – *van der Mussele* (Pl.); No. 17209/02, Rep. 2006-VIII, §§ 42–49 – *Zarb Adam*.

¹⁵⁰ EGMR No. 34369/97, Rep. 2000-IV, §§ 41 ff. – *Thlimmenos* (GK). Noch 1981 hatte die Kommission in einem vergleichbaren Fall die Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK verneint: EKMR No. 8493/79, DR 25, 210 (217) – *Demeester* (Pl.): Nach belgischem Recht waren Träger eines geistlichen Amtes vom Zugang zum Richterberuf ausgeschlossen. Weil die Religionsausübung durch die Zugangssperre nicht beeinträchtigt werde und die Freiheit, sich auf eine Stelle in der Justiz zu bewerben, nicht von der Konvention garantiert werde, sei Art. 14 nicht anwendbar.

¹⁵¹ Hiergegen hat *Robert Wintemute* wie folgt für eine erweiternde Auslegung von Art. 14 EMRK argumentiert: Nicht nur die durch die Ungleichbehandlung verweigernde Handlungsmöglichkeit, sondern schon der bloße Grund der Verweigerung könne den »ambit« eines Konventionsfreiheitsrechts eröffnen. Dieser »zweite Zugangsweg« zu Art. 14 würde einen umfassenden Schutz gegen die Diskriminierung aufgrund von »choice grounds«, also Religion, politische Auffassung und sexuelle Orientierung, gewähren, unabhängig vom betroffenen Lebensbereich. Wenn ein Individuum gezwungen wird, zwischen einer Lebenschance (beispielsweise Antritt einer Stelle im öffentlichen Dienst) und ihrer religiösen Überzeugung (oder ihrer politischen Auffassung oder sexuellen Orientierung) zu wählen, werde die Freiheit, ein Zeuge Jehovas zu bleiben, eingeschränkt. Wegen der hohen persönlichen Kosten einer solchen Entscheidung sei in dieser Situation ebenfalls der »ambit« der Religionsfreiheit tangiert und stelle die erforderliche Beziehung zu einem Konventionsfreiheitsrecht her, was den Anwendungsbereich von Art. 14 über den »zweiten Zugangsweg« eröffne (*Wintemute*, Within the Ambit, 371). Diese Konstruktion läuft darauf hinaus, die in Art. 14 angesprochenen Konventionsrechte mit bestimmten Differenzierungsgründen in eins zu setzen, und wird daher der Systematik der Vorschrift nicht gerecht.

¹⁵² EGMR No. 24194/94, Rep. 1997-VI, § 62 – *Pierre-Bloch*: Ein Rechtsstreit über die Verweigerung von Wahlkampfkostenerstattung war weder eine zivilrechtliche noch eine strafrechtliche Streitigkeit i. S. v. Art. 6 EMRK, folglich war Art. 6 nicht anwendbar. Deshalb war auch Art. 14 nicht anwendbar, so dass die behauptete Diskriminierung wegen der politischen Überzeugung *Pierre-Blochs* nicht zu prüfen war.

¹⁵³ EKMR No. 8493/79, DR 25, 210 (217) – *Demeester* (Pl.); EGMR No. 50237/99, § 4 – *Jurik* (Zul.) (2001) (bzgl. Entlassung von der Polizei).

nierungsbeschwerden in den Bereichen Arbeit, Wohnung und soziale Sicherheit (→ Rn. 85).

3. Die Prüfungsreihenfolge

Die Akzessorietät des Diskriminierungsverbotes legt es nahe, in einem konkreten Streitfall zuerst das einschlägige Freiheitsrecht zu prüfen und anschließend Art. 14 EMRK in Verbindung mit diesem Recht. Eine solche Reihenfolge ist – wie die Prüfung des nichtakzessorischen Gleichheitssatzes durch das BVerfG zeigt – nicht nur von der Akzessorietät her geboten. Sie kann auch deshalb zweckmäßig sein, weil es angesichts der Wertungsoffenheit des Diskriminierungsverbotes bzw. des Gleichheitssatzes in der Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung sinnvoll ist, die Wertentscheidungen der Freiheitsrechte mit zu berücksichtigen.¹⁵⁴ Diese Prüfungsreihenfolge hielt der EGMR bis ungefähr zum Jahr 2000 standardmäßig ein. 37

Art. 14 EMRK spielte somit bis 2000 typischerweise erst dann eine inhaltliche Rolle, wenn kein Freiheitsrecht verletzt wurde. Wenn demgegenüber die **Verletzung des Freiheitsrechts bejaht** wurde, prüfte der EGMR anschließend die geltendgemachte **Diskriminierung normalerweise nicht mehr**.¹⁵⁵ Möglicherweise wollte der Gerichtshof durch diesen Verzicht die mit der Feststellung einer Diskriminierung verbundene Aussage über eine großflächige konventionswidrige Praxis vermeiden.¹⁵⁶ Diese gerichtliche Praxis wurde in der Literatur mit politischen und dogmatischen Argumenten kritisiert. Sie ist erstens mit dem Wortlaut der Norm (»Genuss« eines Freiheitsrechts) nicht gut vereinbar. Dieser spricht eher für eine Prüfung des Diskriminierungsverbotes auch nach bejahter Freiheitsrechtsverletzung. Denn der »Genuss« umfasst alle Situationen im Regelungsbereich, auch die der Verletzung des Konventionsrechts.¹⁵⁷ Weil Freiheit und Gleichheit zwei verschiedene Konzeptionen sind, kann das einer beschwerdeführenden Person angetane Unrecht einer Diskriminierung nicht mit der Feststellung einer Freiheitsrechtsverkürzung abgegolten werden. Es kann dem Bf., gerade wenn es um gesellschaftlich tief verwurzelte Vorurteile z. B. gegenüber Frauen, Homosexuellen oder Mitgliedern bestimmter Ethnien geht, an der Feststellung einer Diskriminierung gelegen sein.¹⁵⁸ 38

¹⁵⁴ EGMR No. 57813/00, § 120 – *S.H. v. Österreich (GK)* (2011). Bezogen auf die EMRK: *Livingstone*, 28; bezogen auf das GG: *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 124. Vgl. EGMR No. 12868/87, A 315-B, § 46 – *Spadea u. Scalabrino*.

¹⁵⁵ Z. B. EGMR No. 9300/07, §§ 104f. – *Herrmann (GK)* (2012). Dieses Vorgehen ergab insofern Sinn, als Art. 14 EMRK als »integraler Bestandteil eines jeden Freiheitsrechts« gilt (Fn. 132). In jeder Verletzung des Freiheitsrechts liegt – so gesehen – auch eine Diskriminierung, weil dem Bf. die Freiheit nicht – wie anderen – gewährt wurde. Nach Ansicht des Gerichtshofes hätte in diesen Fällen eine zusätzliche Erörterung und eventuelle Feststellung einer Diskriminierung »keinen sinnvollen rechtlichen Zweck« (EGMR No. 7525/76, A 45, § 69 – *Dudgeon [Pl.]*). Ein Beispiel für die Spannbreite der Bewertung ist EGMR No. 57813/00 – *S.H. v. Österreich* (2010); sowie Rep. 2011 (*GK*). Die erste Sektion prüfte eine österreichisches Verbot des Einsatzes von Spendersamen für *in vitro*-Fertilisation (nicht aber für *in vivo*-Befruchtung) anhand von Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK und stellte eine Verletzung fest. Die Große Kammer prüfte nur anhand von Art. 8 und verneinte eine Verletzung.

¹⁵⁶ *Wildhaber*, 73.

¹⁵⁷ EGMR No. 6289/73, A 32 – *Airey*, diss. op. *Evrigenis*, 29, § 1.

¹⁵⁸ *Altwickler*, 162f.

- 39 In neuerer Zeit zieht der Gerichtshof oft die Prüfung der geltend gemachten Diskriminierung vor und prüft im Falle der Bejahung einer Verletzung von Art. 14 EMRK das konnexe Freiheitsrecht isoliert nicht mehr.¹⁵⁹ Diese Prüfungsreihenfolge bietet sich vor allem dann an, wenn die Ungleichbehandlung das schwerpunktmäßige Übel des Falles darstellt und wenn der Sachverhalt relativ eindeutig im Regelungsbereich eines Freiheitsrechts liegt, was dann inzident geprüft werden muss.¹⁶⁰ Ob zusätzlich auch das Freiheitsrecht isoliert verletzt ist, kann dann dahinstehen. Auch das BVerfG prüft gelegentlich an erster Stelle den Gleichheitssatz, was wegen der Nichtakzessorietät des Art. 3 GG in systematischer Hinsicht unproblematisch ist.
- 40 Ausnahmsweise prüft der EGMR nach der bejahten Verletzung eines Freiheitsrechts zusätzlich die Diskriminierung, wenn diese einen eigenständigen Sachverhalt betrifft und einen besonders schwerwiegenden Charakter hat: »... if a clear inequality of treatment in the enjoyment of the right in question is a fundamental aspect of the case«.¹⁶¹ Die genannte Voraussetzung wurde bisher gelegentlich (explizit oder implizit) bejaht.¹⁶² So stellte der EGMR in *Opuz*, einem Fall schwerer häuslicher Gewalt, fest, dass sowohl Art. 2 und 3 isoliert und Art. 14 i. V.m. Art. 2 und 3 EMRK verletzt wurde. Die Doppelverletzung begründete der Gerichtshof in jenem Fall vor allem mit Verweis auf die Auffassung der Vereinten Nationen und der CEDAW-Organen, nach der systematische Gewalt gegen Frauen eine Diskriminierung darstelle.¹⁶³ Rechtspolitischer Sinn der ausnahmsweisen Feststellung einer Doppelverletzung scheint zu sein, eine besondere Missbilligung auszudrücken und Veränderungen anzuregen.¹⁶⁴ Die Feststellung einer mehrfachen Konventionsverletzung könnte außerdem die Entschädigungssumme erhöhen.

¹⁵⁹ Rechtfertigung dieses Vorgehens in EGMR No. 28369/95, Rep. 2000-X, § 29 – *Camp u. Bourimi*; No. 29515/95, Rep. 1999-I, §§ 22 f., insb. 28 – *Larkos*. Siehe aus neuerer Zeit für die ausschließliche Prüfung der Diskriminierung EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009 – *Sejdić u. Finci* (GK); No. 3976/05 – *Şerife Yiğit* (GK) (2010); No. 5335/05, §§ 3, 45 – *Ponomaryovi* (2011) »heart of the complaint«; No. 31827/02 – *Laduna* (2011); No. 29032/04 – *M. u. C. v. Rumänien* (2011); No. 35637/03, § 91 – *Sporer* (2011).

¹⁶⁰ Wildhaber, 78 Fn. 15.

¹⁶¹ EGMR No. 6289/73, A 32, § 30 – *Airey*; No. 7525/76, A 45, § 67 – *Dudgeon* (Pl.); Nos. 55762/00 u. 55974/00, §§ 53 f. – *Timishev* (2005).

¹⁶² Fälle der Doppelverletzung (neben den in Fn. 161 genannten): No. 6833/74, A 31, §§ 37, 38–43 – *Marckx* (Pl.): Die rechtlich nachteilige Stellung des nichtehelichen Kindes verletzte Art. 8 EMRK und Art. 8 i. V.m. Art. 14 EMRK. EGMR No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III – *Chassagnou* (GK); Die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdvereinigung für Grundstückseigentümer unterhalb bestimmter Schwellenwerte verletzte sowohl Art. 1 ZP alleine und i. V.m. Art. 14 EMRK als auch Art. 11 alleine und i. V.m. Art. 14 EMRK. No. 25528/94, Rep. 1997-VIII – *Carea Catholic Church*: Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 i. V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK; No. 10699/05, Rep. 2006-XI, §§ 47, 48 – *Paulik* (durch Benachteiligung des nichtehelichen Vaters Art. 8 u. Art. 8 i. V.m. Art. 14 verletzt); No. 76240/01 – *Wagner* (2007): Isolierte Verletzung von Art. 8 und von Art. 8 i. V.m. Art. 14 EMRK (betr. Volladoption eines peruanischen Mädchens durch eine luxemburgische unverheiratete Frau).

¹⁶³ EGMR No. 33401/02, §§ 182, 187 – *Opuz* (2009). Siehe zur Doppelverletzung von Art. 3 und Art. 14 i. V.m. 3 EMRK außerdem unten (→ Rn. 156 ff.) mit weiterer Rspr.

¹⁶⁴ Vgl. Wildhaber, 79; Matscher, in: FS Klecatsky, 2010, 627 (632) bezeichnet eine zusätzlich zur Freiheitsrechtsverletzung festgestellte Diskriminierung als »Erschwerungsstand«.

4. Fazit zur Akzessorietät des Art. 14 EMRK

Der historische und praktische Sinn des Akzessorietätsanfordernisses war das Bestreben, sozioökonomische Ungleichbehandlungen und ethnische Minderheitenfragen möglichst außer Reichweite der Straßburger Organe zu bringen. Mit der Akzessorietät wurde der Zweck des Diskriminierungsverbots auf besonders schützenswert erachtete Mittel der personalen Entfaltung verengt. Als Diskriminierung galt vor allem die ungerechtfertigte Freiheitsrechtsverkürzung. Infolge der Akzessorietät wurden Gleichheitsprobleme tendenziell als Freiheitsprobleme rekonstruiert.¹⁶⁵ 41

Materiellrechtlich war zunächst die praktisch wichtigste Folge der Akzessorietät die vertraglich intendierte **Ausblendung der sozialen Dimension** aus dem Diskriminierungsverbot. Durch das Wenn-dann-Schema (→ Rn. 86) wurde diese Dimension allerdings insbesondere seit 2006, in der Art derivativer Teilhaberechte, einbezogen. Ganz allgemein hängt die praktische Wirksamkeit des Art. 14 EMRK entscheidend vom engen oder weiten Verständnis des »ambit« der Freiheitsrechte ab.¹⁶⁶ Die Rechtsprechung hat mittels einer kontinuierlichen Ausweitung der Regelungsbereiche der Freiheitsrechte – zum Zwecke der Anknüpfung des Art. 14 EMRK – das Diskriminierungsverbot, soweit wie im Rahmen des geltenden Rechts nur möglich, verselbstständigt (→ Rn. 33). Dieses Vorgehen bewirkt eine gewisse Rechtsunsicherheit.¹⁶⁷ Andererseits ist es zu begrüßen, dass auf diese Weise die durch die Akzessorietät bedingten Schutzlücken verkleinert werden. Allerdings scheint die Strategie der Effektivierung des Diskriminierungsverbotes nun ausgereizt. 42

Funktionsrechtlich gesehen, sichert die Akzessorietät die »vertikale« und »horizontale« **Gewaltenteilung** im Verhältnis zu den staatlichen Organen, insbesondere zu den Gesetzgebern, denen die eminent politischen Entscheidungen über rechtliche Differenzierungen primär überlassen bleiben sollen¹⁶⁸ (zur selben Ratio des Instituts des »margin of appreciation« → Rn. 231 ff.). Die Akzessorietät hat ein aktivistischeres und auch politisierteres Verständnis des Diskriminierungsverbotes verhindert.¹⁶⁹ Eine ähnliche Funktion erfüllt im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG die vom BVerfG vorgenommene Reduktion der Vorschrift auf ein Willkürverbot. Diese ist auch durch *judicial self-restraint* motiviert.¹⁷⁰ Im System des GG wird die Begrenzung rich- 43

¹⁶⁵ So *Uerpman-Witzack*, in: Ehlers, § 3 Rn. 68, 71 der als Beispiel die Transsexuellen-Rechtsprechung nennt, bei der Art. 8 EMRK im Vordergrund steht. Im Gegensatz dazu kommt in Deutschland vielmehr Art. 3 Abs. 1 GG zum Zug.

¹⁶⁶ *Bossuyt*, in: Pettiti/Dcaux/Imbert, 486.

¹⁶⁷ Beispielsweise bejahte der EGMR in *Schmidt*, dass der Regelungsbereich von Art. 4 Abs. 2 EMRK (Zwangsarbeit) eröffnet sei, obwohl die in Frage stehende Feuerwehrdienstpflicht zu den üblichen Bürgerpflichten gehört und als solche nach Art. 4 Abs. 3 lit. b EMRK gerade nicht von der EMRK verboten wird (EGMR No. 13580/88, A 291-B, § 22 – *Schmidt*). Die Auffassung, dass somit der Sachverhalt nicht im Regelungsbereich liegt, wäre genauso plausibel (vgl. *A. Haeflinger/F. Schürmann*, Die EMRK und die Schweiz, 2. Aufl. 1999, 321; s.a. *Bossuyt*, in: Pettiti/Dcaux/Imbert, 479 Fn. 3).

¹⁶⁸ *Bossuyt*, in: Pettiti/Dcaux/Imbert, 479 Fn. 1.

¹⁶⁹ *Wildhaber*, 82.

¹⁷⁰ Deutlich BVerfGE 3, 58 (135 f.); kritisch zur Missachtung des Gebots des *judicial self-restraint* in einem Urteil zu Art. 3 Abs. 1 GG: 93, 149 (151 f.) – abw. Meinung *Böckenförde*. Aus der Literatur *K. Hesse*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AVR 1984, 174 (187, 191, 193); *B.-O. Bryde/R. Kleindieck*, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, 36 (44); zweifelnd *W. Riefner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 105. Gerade die Wertungsoffenheit von Art. 3 Abs. 1 GG legt

terlicher Interventionsmöglichkeiten also nicht über eine Schutzbereichsbegrenzung, sondern erst über den Kontrollmaßstab bewirkt.

- 44 Im Recht der EU gilt das sogenannte allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) nur im »Anwendungsbereich« der Verträge.¹⁷¹ Angesichts der allgemeinen Freizügigkeit der Unionsbürger (Art. 20 Abs. 2 lit. a u. 21 AEUV) fallen hierunter aber praktisch alle Situationen mit grenzüberschreitendem Bezug.¹⁷² Die Klausel des Art. 18 AEUV hat also keine mit der Akzessorietät des Art. 14 EMRK vergleichbare Beschränkungsfunktion.

5. Die Nichtakzessorietät des Diskriminierungsverbotes in Art. 1 ZP 12

- 45 Art. 1 ZP 12 bestimmt, dass »der Genuss eines jeden Rechtes, das durch Gesetz eingeräumt wurde«, ohne Diskriminierung zu gewährleisten sei. Das ZP 12, das am 1. April 2005 in Kraft getreten ist, enthält also ein nicht an die Konventionsfreiheiten gebundenes Diskriminierungsverbot, »a general prohibition of discrimination«.¹⁷³ Andererseits ist das Verbot nicht als vollkommen eigenständige Norm – wie die Gleichbehandlungsgebote des Art. 3 GG – formuliert. Nach dem erläuternden Bericht zum ZP 12 sind mit der Bezugnahme auf gesetzlich eingeräumte Rechte insbesondere vier Konstellationen gemeint, die durch Art. 14 EMRK noch nicht erfasst werden: Art. 1 ZP 12 verbietet die Diskriminierung (1) beim Genuss expliziter Individualrechte, die vom nationalen Recht gewährt werden, (2) beim Genuss individueller Ansprüche, die aus klaren Verpflichtungen der öffentlichen Hand nach nationalem Recht abgeleitet werden können, (3) im Bereich der Ermessensausübung (z.B. bei der Gewährung von Subventionen¹⁷⁴) und (4) bei sämtlichem sonstigen Tun oder Unterlassen von Behörden (z.B. Verhalten von Polizeibeamten bei der Kontrolle öffentlicher Unruhen).¹⁷⁵ Mit diesen Fallgruppen, die nicht scharf voneinander abgrenzbar sind, dürfte sämtliches Staatshandeln in Anwendung des nationalen Rechts erfasst sein, das Rechtsnachteile (oder vorenthaltene rechtlich begründete Vorteile) für einen Teil der Normunterworfenen haben kann¹⁷⁶ (→ Rn. 60 ff.).
- 46 Das Diskriminierungsverbot des ZP 12 gilt darüber hinaus auch für den Genuss von Ansprüchen, die aus dem internationalen Recht fließen, welche in die Rechtsordnung des betreffenden Konventionsstaates inkorporiert wurden.¹⁷⁷ Denn der Ausdruck

richterlichen Respekt der Einschätzung- und Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers nahe, *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 10.

¹⁷¹ Hierzu z.B. EuGH Rs. C-164/07, 5. 6. 2008 – *James Wood*.

¹⁷² EuGH Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Rn. 29 f. – *D'Hoop*: Der Anwendungsbereich der Verträge ist durch die Ausübung der allgemeinen Unionsbürgerfreizügigkeit eröffnet. § 35: »Eine Ungleichbehandlung widerspricht den Grundsätzen, auf denen der Status eines Unionsbürgers beruht, nämlich der Garantie gleicher rechtlicher Behandlung bei Ausübung der Freizügigkeit.« Art. 18 AEUV bedeutet gerade nicht, dass das Diskriminierungsverbot nur im Bereich der EU-Kompetenzen gilt, weil Adressaten des Verbotes die Mitgliedstaaten sind, die in den Bereichen ihrer Zuständigkeit handeln. Vgl. *Kingreen*, in: Ehlers, § 13 Rn. 7–10.

¹⁷³ EGMR No. 7798/08, § 103 – *Savez Crkava »Riječ života«* (2010).

¹⁷⁴ Ebd. § 107: Vorenthaltung des Privilegs, religiöse Erziehung bereitzustellen oder religiöse Ehen zu schließen, an die beschwerdeführende Kirche.

¹⁷⁵ Expl. Rep., Rn. 2.

¹⁷⁶ EGMR No. 7798/08, § 104 – *Savez Crkava »Riječ života«* (2010).

¹⁷⁷ Es spielt keine Rolle, ob diese Normen auf »monistischem« oder »dualistischem« Wege in die nationale Rechtsordnung einbezogen wurden (irreführend demgegenüber *O'Hare*, 137).

»durch Gesetz eingeräumt« (»set forth by law«) sollte parallel mit dem EMRK-üblichen Ausdruck »gesetzlich vorgesehen« (»prescribed by law«) ausgelegt werden, der auch Normen des Völkerrechts umfasst.¹⁷⁸ Relevant ist dies vor allem für den Genuss von Garantien der **Europäischen Sozialcharta**. Das neue Diskriminierungsverbot verbindet somit die Konvention mit der Sozialcharta und **überwindet auf europäischer Ebene die Trennung zwischen politisch/bürgerlichen und wirtschaftlich/sozialen Rechten**. Es scheint – nach den Fallgruppen des erläuternden Berichts – nicht darauf anzukommen, ob diese Garantien subjektive Rechte gewähren.¹⁷⁹ Falls allerdings die einbezogenen internationalen Garantien – isoliert gesehen – nicht unmittelbar anwendbar sind, könnte auch eine gerichtliche Anwendung des Diskriminierungsverbotes in diesem Zusammenhang schwierig werden.

Im Endergebnis kommt das neue Diskriminierungsverbot trotz der Bezugnahme auf andere »Rechte« dem unabhängigen (nichtakzessorischen) Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (→ Rn. 49f.) gleich. Die Koppelung an »Rechte« dürfte keine echte Beschränkung des Anwendungsbereiches des Diskriminierungsverbotes bewirken, denn der EGMR ist kaum qualifiziert und nicht legitimiert, Inhalt und Reichweite aller möglichen nationalen und internationalen Ansprüche zu bestimmen.¹⁸⁰ Allenfalls kommt eine grobe Evidenzprüfung wie im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 EMRK in Betracht, um Situationen, in denen eindeutig kein »Recht« im Spiel ist, auszuschließen. Weil bereits jetzt die sehr großzügige Annahme der Betroffenheit eines Konventionsfreiheitsrechts vielfach zu einer Anwendbarkeit der akzessorischen Garantie des Art. 14 EMRK führt (→ Rn. 34 ff.), wird der Diskriminierungsschutz durch das ZP 12 in der Realität wohl nicht erheblich ausgeweitet werden.¹⁸¹ 47

Das Inkrafttreten des ZP 12 hat nicht zu einem Anstieg der Diskriminierungsbeschwerden geführt, was auch mit dem noch relativ niedrigen Ratifikationsstand (18 Parteien¹⁸² und 19 Unterzeichnungen¹⁸³ bis November 2012) zusammenhängen mag. Bisher wurden nur sehr wenige Verletzungen von Art. 1 ZP 12 EMRK festgestellt.¹⁸⁴ 48

¹⁷⁸ EGMR No. 10890/84, A 173, §§ 65 ff. – *Groppera Radio AG u. a. (Pl.)*; No. 12726/87, A 178, § 53 – *Autronic AG (Pl.)*.

¹⁷⁹ Ablehnend *Altwickler*, 162 f.

¹⁸⁰ Vgl. *Partsch*, Discrimination, 592.

¹⁸¹ In diesem Sinne auch *Grabenwarter/Pabel*, § 26 Rn. 25.

¹⁸² Ratifiziert haben Albanien, Andorra, Armenien, Bosnien und Herzegowina, ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, Finnland, Georgien, Kroatien, Luxemburg, Montenegro, Niederlande, Rumänien, San Marino, Serbien, Slowenien, Spanien, Ukraine und Zypern.

¹⁸³ Unterzeichnet haben Aserbaidtschan, Belgien, Deutschland, Estland, Griechenland, Irland, Island, Italien, Lettland, Liechtenstein, Moldau, Norwegen, Österreich, Portugal, Russland, Slowakei, Tschechische Republik, Türkei und Ungarn.

¹⁸⁴ EGMR No. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, §§ 54 f. – *Sejdić u. Finci (GK)*: Art. 1 ZP 12 verletzt durch den Ausschluss von Roma und Juden von der Kandidatur zur Präsidentschaft von Bosnien-Herzegowina. Art. 14 i. V. m. Art. 3 ZP war nicht anwendbar, weil es nicht um eine gesetzgebende Körperschaft ging. In den Jahren 2010 und 2011 wurden gut 20 Beschwerden, die unter anderem auf Art. 1 ZP 12 gestützt wurden, als unzulässig abgewiesen, oft *ratione personae* (mangels Ratifikation) oder *ratione temporae* (wenn sich der Sachverhalt vor Inkrafttreten des ZP 12 für den beklagten Staat abgespielt hatte) oder mangels Substantiierung. Siehe etwa No. 39973/07 – *Erel* (2010); No. 35473/08 – *Méndez Perez* (2011).

6. Die Nichtakzessorietät der Gleichheitssätze des GG

- 49 Mittlerweile hat sich die Auffassung weitgehend durchgesetzt, dass die **Gleichheitssätze des GG eigenständige subjektive Rechte** darstellen.¹⁸⁵ Nur vereinzelt wird noch vorgeschlagen, den uferlosen Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes des GG durch Koppelung an einen Eingriff in ein Freiheitsrecht zu begrenzen.¹⁸⁶ Allerdings setzt der Anspruch auf Gleichbehandlung aus **Art. 3 Abs. 1 GG** voraus, dass das staatliche Handeln einen bestimmten **Bezug zur eigenen Rechtssphäre** aufweist. Dieser ist beim Gleichheitsanspruch auf Einbeziehung in staatliche Leistungen bereits gegeben, wenn die Leistung individualgerichtet ist.¹⁸⁷ Gegenüber dem Normgeber kann sich also jeder auf Art. 3 Abs. 1 GG berufen, der aus Gleichheitsgründen in ein System solcher individualgerichteten Leistungen mit einbezogen werden möchte. Gegenüber der normanwendenden Verwaltung steht der Gleichbehandlungsanspruch jedem zu, der den Tatbestand der eine individualgerichtete Leistung vorsehenden Norm erfüllt.¹⁸⁸ Nur in der selteneren Situation, dass der Bürger isoliert eine Begünstigung eines Anderen beseitigen möchte (Konkurrentenklage), ohne Erstreckung der Leistung an sich selbst zu verlangen, muss er die Beeinträchtigung eines sonstigen subjektiv-öffentlichen Rechts (z. B. Art. 12 GG) geltend machen, weil ansonsten der Bezug zur eigenen Rechtssphäre fehlt.¹⁸⁹ Diese sehr differenzierte Dogmatik im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG ist Resultat des Versuches, die mittlerweile anerkannte Unabhängigkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes mit dem Lehrsatz, dass es kein isoliertes subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung gebe, zu versöhnen. Im Ergebnis erscheint dadurch **Art. 3 Abs. 1 GG strukturgleich mit Art. 1 ZP 12**.
- 50 Allerdings ist es auch nach dem GG nicht völlig irrelevant, ob eine Ungleichbehandlung in Zusammenhang mit der Ausübung eines Freiheitsrechts steht. Denn im Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sind dem Gesetzgeber **umso**

¹⁸⁵ Ausgangspunkt der diesbezüglichen Kontroverse war *Georg Jellineks* Feststellung: »Die Gleichheit in allen ihren Formen kann aber niemals Inhalt eines individuellen Anspruchs werden. Sie ist objektives Recht und ihre Wirkung auf die individuelle Rechtssphäre ist reine Reflexwirkung« (G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905, 135). In diese Richtung noch (offenlassend) BVerwG 1 C 157/79 v. 23.3.1982, BVerwGE 65, 167 (173); A. Bleckmann, *Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes*, 1995, 56. Für die neuere Ansicht BVerfGE 79, 1 (17). Aus der Literatur M. Sachs, *Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte*, DÖV 1984, 411 (411f.) m. w. N.; ders., *Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Recht*, in: R. Wendt (Hrsg.), *Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Friauf zum 65. Geburtstag*, 1996, 309–329; C. Brüning, *Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit*, JZ 2001, 669 (670); Starck (Fn. 59), Art. 3 Abs. 1 Rn. 275; H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *GG, Art. 3 Rn. 3*. In Einzelfällen kann die Verletzung eines Gleichheitssatzes auch in Verbindung mit einem Freiheitsrecht gerügt werden, so etwa in BVerfG (K) 1 BvR 237/97, NJW 2003, 2819 (Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 GG). Die Vorschriften schützen »die Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner« (*ibid.*, Abs. 17).

¹⁸⁶ Bleckmann, *Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes* (Fn. 185), 57–63 nach dem Vorbild des akzessorischen Art. 14 EMRK.

¹⁸⁷ J. Pietzcker, *Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG*, JZ 1989, 205; Rüfner, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 158. Allerdings hat der Bürger aus Art. 3 GG keinen Anspruch darauf, auch selbst begünstigt zu werden. Gleichbehandlung kann auch dadurch hergestellt werden, dass die vorteilhafte Regelung ganz abgeschafft wird (st. Rspr. seit BVerfG 31, 1 [7]).

¹⁸⁸ Pietzcker (Fn. 187), 310.

¹⁸⁹ Pietzcker (Fn. 187), 309f.; Rüfner, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 125 (m. w. N.) und 158.

engere Grenzen gesetzt, »je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten auswirken kann.«¹⁹⁰ Und schließlich stehen auch im System des GG die Gleichbehandlungsgebote in einer teleologischen Beziehung zu den Freiheitsrechten. Sie wirken als »flankierender Freiheitsschutz« im Hinblick auf den obersten Verfassungszweck des Schutzes gleicher Freiheit.¹⁹¹

II. »Diskriminierung«

1. Grundelemente, Erscheinungsformen und Abgrenzungen

Art. 14 EMRK verbietet die »Diskriminierung« (engl. »discrimination«; franz. »distinction«). Zum Zeitpunkt der Formulierung der EMRK wurden die Ausdrücke »Diskriminierung« und »Distinktion« noch vielfach synonym verstanden (zum Bedeutungswandel von »Diskriminierung« → Rn. 52), so dass damals der französische Wortlaut als rein stilistische Abweichung aufgefasst werden konnte. Er bezweckte lediglich, den Anglizismus »discrimination«¹⁹² zu vermeiden.¹⁹³ Bereits in den 1960er Jahren war die Divergenz der beiden authentischen Vertragssprachen aber geeignet, Missverständnisse auslösen, so dass der Gerichtshof im ersten großen Fall zu Art. 14 EMRK klarstellte, dass die sehr weit erscheinende französische Sprachversion im Licht des restriktiveren englischen Wortlauts ausgelegt werden müsse.¹⁹⁴ Dies entspricht auch der Vermutungsregel des Art. 33 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention für mehrsprachige Verträge. Folglich ist – trotz des französischen Wortlauts »sans distinction aucune« – nicht jede Unterscheidung oder Ungleichbehandlung eine Diskriminierung i. S. v. Art. 14 EMRK.¹⁹⁵ Anders gewendet: Unterscheidungen sind prinzipiell rechtfertigungsfähig. Ein striktes Differenzierungsverbot würde zu »absurden Ergebnissen« führen.¹⁹⁶ In Anpassung an den Sprachgebrauch der Rechtsprechung ist der französische Wortlaut in Art. 1 ZP 12 in »discrimination« abgeändert worden, ohne dass damit eine Bedeutungsänderung verbunden sein soll.¹⁹⁷ Im System des GG wird die prinzipielle Rechtfertigungsfähigkeit von Differenzierungen ebenfalls anerkannt (→ Rn. 235f.).

Der Schlüsselbegriff der Diskriminierung¹⁹⁸ (von lat. *discriminare*: absondern, einen Unterschied treffen) hatte in der deutschen, englischen und französischen Allgemeinsprache ursprünglich sowohl eine neutrale als auch eine pejorative Bedeutung. Seit Ende des 19. Jahrhunderts hat der Begriff in US-amerikanischen Wettbewerbsge-

¹⁹⁰ St. Rspr. seit BVerfGE 88, 87 (96).

¹⁹¹ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 236.

¹⁹² Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, Bd. III, 1982, Stichw. *discrimination*, 3288.

¹⁹³ Bossuyt, L'interdiction de la discrimination (Fn. 29), 22.

¹⁹⁴ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6 – Belgischer Sprachenfall (Pl.).

¹⁹⁵ St. Rspr. (Nachw. in Fn. 94; s. zuletzt etwa EGMR No. 53124/09, § 43 – Genovese [2011]). A. A. Sachs, Art. 14 EMRK (Fn. 94), 333 (359–390).

¹⁹⁶ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10 – Belgischer Sprachenfall (Pl.).

¹⁹⁷ Expl. Rep., Rn. 18.

¹⁹⁸ S. zum juristischen Begriff der Diskriminierung allgemein A. Peters, Diskriminierungsverbote, in: HGR VII/2, 2007, § 211, 255ff. Rn. 12–16; B. Waldmann, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, 2003, 195ff. sowie S. Fredman, *Discrimination Law*, 2002.

setzen und in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court¹⁹⁹ zunehmend die Bedeutung einer unerlaubten oder ungerechten Unterscheidung erlangt und in dieser qualifizierten Bedeutung **seit dem Ersten Weltkrieg Eingang in die völkerrechtliche Terminologie** gefunden.²⁰⁰ Er spielt im Völkerrecht in drei Rechtsbereichen, nämlich im internationalen Handels- und Fremdenrecht (Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung), im Minderheitenrecht und seit dem Zweiten Weltkrieg im Menschenrechtsschutz eine Rolle. In den Menschenrechtsabkommen ist unsystematisch und zufällig das eine Mal von »discrimination«, das andere Mal von »distinction« die Rede,²⁰¹ was auch die Divergenz in den Sprachversionen des Art. 14 EMRK erklärt. Heute steht in der Umgangssprache sowie im philosophischen, politischen und juristischen Sprachgebrauch die negative, moralisch aufgeladene Bedeutung von Diskriminierung im Sinne von **benachteiligender, ungerechtfertigter Ungleichbehandlung** im Vordergrund.²⁰²

- 53 Art. 14 EMRK enthält nur den Ausdruck »Diskriminierung«, nicht aber den der »Gleichheit« oder »Gleichbehandlung«. Die Präambel des ZP 12 verweist auf den »fundamentalen Grundsatz, dass alle Personen vor dem Gesetz gleich sind und Anspruch auf gleichen Schutz des Gesetzes« haben; im operativen Teil des Protokolls kommen jedoch die Konzepte der Gleichheit oder Gleichbehandlung nicht vor. Demgegenüber enthält Art. 3 GG nur die Worte »gleich« und »gleichberechtigt«, nicht aber den Ausdruck »Diskriminierung«. Um den Schutzgehalt beider Normen vergleichen zu können, muss zunächst das Verhältnis zwischen den Konzepten »Diskriminierung« und »Gleichbehandlung« geklärt werden. Dieses ist umstritten, und die Positionsbestimmung hängt unter anderem davon ab, worin das spezifische Übel der Diskriminierung gesehen wird (→ Rn. 63 ff.). Der EGMR behandelt die **Diskriminierung als Kehrseite der Gleichbehandlung**.²⁰³ Nach dem erläuternden Bericht zum ZP 12 sind beide Konzepte »verflochten«.²⁰⁴ Die Auffassung, dass das Diskriminierungsverbot schlicht die negative Formulierung des (»speziellen« also an bestimmte Differenzierungskriterien geknüpften) Gleichbehandlungsgebots ist, steht im Einklang mit der allgemein-völkerrechtlichen Sichtweise²⁰⁵ und mit der Konzeption von Gleichbehandlung/Nicht-Dis-

¹⁹⁹ In den Civil Rights Cases verwendete die Mehrheitsmeinung noch »distinction« und »discrimination« synonym, 3 S.Ct. 18, passim, insb. 30f. (= 109 U.S. 3 [1883]).

²⁰⁰ G. Jaenicke, Diskriminierung, in: H.-J. Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1960, 387 (388).

²⁰¹ Beispielhaft seien das akzessorische Diskriminierungsverbot und die Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz nach der AEMR genannt. In Art. 2 AEMR heißt es »without distinction of any kind«, in Art. 7 AEMR »without any discrimination«. Weitere Nachweise in *Sachs*, Art. 14 EMRK (Fn. 94), 345–348.

²⁰² Brockhaus: Die Enzyklopädie, Stichw. Diskriminierung, Bd. V, 20. Aufl. 1996, 553; Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, Stichw. Discrimination, Bd. III, 1982, 3288; Encyclopedia of Ethics (L. C. Becker/C. A. Becker [Hrsg.]), Stichw. discrimination (G. Ezorsky), Bd. I, 2. Aufl. 2001, 413.

²⁰³ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)* verwendet »without discrimination« synonym zu »equality of treatment«. No. 9214/80 u. a., A 94, § 78 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)* behandelt die Diskriminierung wegen des Geschlechts als konträr zum Prinzip »equality of the sexes«.

²⁰⁴ Expl. Rep., Rn. 15.

²⁰⁵ Jene internationalen Menschenrechtskonventionen, welche Legaldefinitionen von Diskriminierung enthalten, definieren mit Bezug auf »Gleichberechtigung« (Art. 1 CERD [1969], Art. 1 CEDAW [1980] sowie ILO-Konventionen); ebenso Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung 18 (37)

kriminierung im EU-Recht.²⁰⁶ So gesehen sind auch die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG eine negative, verschärfende Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes.²⁰⁷

Im internationalen Menschenrechtsschutz hat sich ein für alle Kodifikationen anerkannter **Diskriminierungsbegriff** herausgebildet, der **vier Grundelemente** enthält: 54
 (1) Eine Ungleichbehandlung (unter Umständen auch eine Gleichbehandlung), die (2) auf gruppenbezogene (körperliche und/oder identitätsstiftende) Merkmale gestützt ist (→ Rn. 63), die (3) ungerechtfertigt ist (→ Rn. 52) und die (4) einen (Rechts-)Nachteil auferlegt (durch Behinderung oder Vereitelung der Ausübung bestimmter Rechte, → Rn. 60f.).²⁰⁸ Ein subjektives Tatbestandselement, also eine Diskriminierungsabsicht, wird im internationalen Recht nicht gefordert und ist auch für das EMRK-System abzulehnen (→ Rn. 69ff.). Die genannten vier Elemente konstituieren auch den Tatbestand der Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK.²⁰⁹

Die gegenwärtige Dogmatik unterscheidet zwischen der **aktiven** und **passiven** Diskriminierung. Als primär aktive Diskriminierungsform kommt neben der **unmittelbaren** (direkten) auch die **mittelbare** (indirekte) Diskriminierung (→ Rn. 76ff.) in Betracht. Die aktive und unmittelbare Diskriminierung kann auch durch ungerechtfertigte Gleichbehandlung verwirklicht werden (→ Rn. 74f.). Passive Diskriminierung²¹⁰ kann in drei Formen auftreten: Unterlassener **Schutz** vor privater Diskriminierung (→ Rn. 88f.), diskriminierende Verweigerung der **Teilhabe** an staatlichen Leistungen (→ Rn. 85f.) und unterlassene **Untersuchung** diskriminierender Gewaltakte (→ Rn. 93ff.). Schließlich erlaubt oder gebietet das Diskriminierungsverbot unter Umständen fördernde Ungleichbehandlung in Form **positiver Maßnahmen** (→ Rn. 100f.). 55

Die Situationen der ungerechtfertigten Gleichbehandlung, der mittelbaren Diskriminierung, der Vernachlässigung der Schutzpflicht (auch in Form der Untersuchungspflicht) und andere Erscheinungsformen von passiver Diskriminierung sowie schließlich positive Maßnahmen können sich überlappen, und die Tatbestände sind schwer voneinander **abzugrenzen**.²¹¹ Die **ungerechtfertigte Gleichbehandlung** betrifft – im 56

(1989) zu Art. 26 IPbPR, 18 (37) 1989, Rn. 7 (CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 1). Nach dem Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshof, Gutachten v. 19.1.1984 – *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, sep. op. Judge R. E. Piza Escalante, HRLJ 5 (1984), 161, 183, § 10 handelt es sich um »zwei Seiten derselben Institution«. S. für die Kehrseitentheorie in der völkerrechtlichen Literatur Jaenicke (Fn. 200), 387 (390); Bayefsky, 1; Nowicki, 18. Aus der philosophischen Literatur S. I. Benn, Equality, Moral and Social, in: P. Edwards (Hrsg.), The Encyclopedia of Philosophy, Bd. III, 1967, 38 (41).

²⁰⁶ EuGH Rs. C-147/79, Slg. 1980, I-3005, Rn. 7 – *Hochstrass*: Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit lediglich als »besondere Ausformung« des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, der zu den Grundprinzipien des Unionsrechts zähle. In der Literatur z.B. Mahlmann, in: Rudolf/Mahlmann (Fn. 116), Rn. 17 u. 22; S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, 35f. m.w.N. aus der Rspr.

²⁰⁷ S. Huster, Rechte und Ziele, 1993, 313; Waldmann (Fn. 198), 92; Rübner, in: BK GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 568.

²⁰⁸ S. explizit Art. 1 CERD und Art. 1 CEDAW. Der Diskriminierungsbegriff in Art. 2 AEMR; Art. 2 Abs. 1 IPbPR; Art. 2 Abs. 1 IPwskR; Art. 1 Abs. 1 AMRK; Art. 2 AfrChRMV ist identisch (so zum IPbPR der Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung 18 [37] [1989], Rn. 7 und 13, abgedr. in: Kälin/Malinverni/Nowak [Fn. 205], 399ff.).

²⁰⁹ Altwicker, 113, der zusätzlich die Vergleichbarkeit als fünftes Element nennt.

²¹⁰ Begriffsprägung passive Diskriminierung von Arnardóttir, 107–122; Altwicker, 304ff.

²¹¹ S. zu jeweils verschiedenen Aspekten der Abgrenzung Altwicker, 262–265; N. Görlitz, Struk-

Gegensatz zur **mittelbaren Diskriminierung** – Einzelfälle. Es geht hier um die Berücksichtigung eines besonders situierten Individuums. Demgegenüber beziehen sich das Verbot mittelbarer Diskriminierung und das Gebot positiver Maßnahmen stets auf geschützte Gruppen. Hinzu kommt, dass die mittelbare Diskriminierung meist nicht aus pauschaler Gleichbehandlung resultiert, sondern aus der Differenzierung anhand eines scheinbar neutralen Kriteriums. Schließlich knüpft im Fall der mittelbaren Diskriminierung der Schwerpunkt des Ungerechtigkeitsvorwurfs an die Folgen der Maßnahmen an, wohingegen bei der Diskriminierung durch Gleichbehandlung der Ungerechtigkeitsvorwurf die Fassung der Rechtsnorm oder der Verwaltungsmaßnahme selbst betrifft.

- 57 Zweitens ist die **passive Diskriminierung von der Diskriminierung durch Gleichbehandlung** abzugrenzen, obwohl sowohl gesteigerte Untersuchungspflichten als auch der Bedarf an positiven Maßnahmen aus der Pflicht zur Ungleichbehandlung relevant verschiedener Personen oder Gruppen hergeleitet werden. Das Verbot der passiven Diskriminierung erfordert, anders als das Verbot der pauschalen Gleichbehandlung, ein spezifisches positives Tun, nämlich die Gewährung von Schutz, Teilhabe oder der Durchführung bestimmter Untersuchungsmaßnahmen. Demgegenüber liegt bei der (»normalen«) Diskriminierung durch Ungleichbehandlung keine Verletzung einer spezifischen Handlungspflicht des Staates vor.
- 58 Drittens ist die **mittelbare Diskriminierung von der passiven Diskriminierung (insbesondere durch mangelnden Schutz)** zu unterscheiden. Beide Tatbestände können gleichzeitig verwirklicht werden, wenn sich allgemeiner mangelhafter gesetzlicher und gerichtlicher Schutz, beispielsweise vor häuslicher Gewalt, überproportional nachteilig auf bestimmte Gruppen, etwa Frauen, auswirkt.²¹² Untersuchungspflichten sind eine spezielle Form von Schutzgewährleistung, die allerdings immer nur *ex post*, nach Begehung einer potentiell diskriminierenden Handlung, entstehen.
- 59 Viertens stellte sich die Frage der Abgrenzung von **mittelbarer Diskriminierung zu positiven Maßnahmen**, etwa in den Fällen zur Einschulung von Romakindern. Im Fall *D.H.* argumentierten die Bf. nicht, dass Tschechien verpflichtet sei, positive Maßnahmen (»affirmative action«) zu ergreifen, um faktische Unterschiede zwischen Romakindern und anderen Kindern auszugleichen.²¹³ Die Bf. machten stattdessen mittelbare Diskriminierung durch überproportionale Einschulung in Sonderschulen geltend. Der EGMR analysierte den Fall dementsprechend als mittelbare Diskriminierung.²¹⁴ Allerdings lag teilweise sogar unmittelbare Diskriminierung vor. Die Schulbehörden stellten teilweise explizit auf die ethnische Herkunft, teilweise auf scheinbar neutrale Kriterien wie das Alter der Kinder ab, um sie in Sonderklassen einzuteilen,²¹⁵ mit der Folge, dass diese Klassen weit überwiegend oder ausschließlich aus Romakindern be-

tur und Bedeutung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im System der Grundfreiheiten – Zugleich der Versuch einer Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierungen und allgemeinen Beschränkungen, 2005; *Tobler*, 219 ff.

²¹² EGMR No. 33401/02, § 202 – *Opuz* (2009). In diesem Fall zu häuslicher Gewalt verwendete der EGMR nicht den Begriff der mittelbaren Diskriminierung, zitierte aber die Leitfälle hierzu und nahm auch eine Beweislastumkehr aufgrund statistischer Daten an.

²¹³ So explizit EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 183 – *D.H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK).

²¹⁴ *Ibid.*, § 184.

²¹⁵ EGMR No. 32526/05, §§ 88 f. – *Sampanis u. a.* (2008).

standen. Weil der Gerichtshof in diesen Fällen gleichzeitig die Notwendigkeit der Rücksichtnahme auf die besonderen Bedürfnisse von Romakindern betonte, wurden die Urteile als unzulässige Ableitung eines Fördergebots aus dem Diskriminierungsverbot kritisiert.²¹⁶ Allerdings läuft die Respektierung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung keinesfalls zwingend auf eine (rechtlich voraussetzungsreiche) Förderungspflicht hinaus.

2. Der Nachteil als Begriffsmerkmal der Diskriminierung

In Art. 14 EMRK taucht der **Begriff des Nachteils** nicht auf – anders als im Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG und im deutschen AGG,²¹⁷ dessen Vorschriften jede Benachteiligung wegen eines der verpönten Merkmale verbietet. Allerdings wird in deutschen Übersetzungen der Vorschrift des Art. 14 EMRK, insbesondere in Österreich und in der Schweiz, das englische »discrimination« gelegentlich wörtlich als »Benachteiligung« wiedergegeben.²¹⁸ Dies scheint insofern richtig, als in der allgemeinen philosophischen und auch völkerrechtlichen Terminologie unter Diskriminierung eine mit Nachteilen verbundene Unterscheidung verstanden wird (→ Rn. 52).

a) Rechtsnachteile oder faktische Nachteile?

Die Akzessorietät des Art. 14 EMRK (→ Rn. 31 ff.) bewirkt, dass konstruktionsgemäß **der Nachteil darin liegt, dass ein Konventionsfreiheitsrecht nicht gleichmäßig gewährt wurde.**²¹⁹ Immer dann, wenn der Tatbestand der Diskriminierung tatsächlich vorliegt, ist der geltendgemachte Nachteil zwangsläufig ein Rechtsnachteil (nämlich diskriminierende Freiheitsrechtsberührung). Zum Teil wird angenommen, dass minimale Beeinträchtigungen der Lebensführung unterhalb der Schwelle der konventionsrelevanten Diskriminierung liegen.²²⁰ Art. 1 ZP 12 verbietet die Diskriminierung beim Genuss »gesetzlich eingeräumter Rechte« (»any right set forth by law«/»tout droit prévu par la loi«). Es wäre aber irreführend, aus diesem Wortlaut heraus einen Gegensatz zwischen Rechtsnachteilen und (nur) tatsächlichen Nachteilen aufzubauen. Denn nach dem Willen der Vertragsparteien eröffnen auch Situationen, in denen kein Rechtsanspruch auf eine bestimmte staatliche Maßnahme besteht, sowie Situationen des rein tatsächlichen Handelns der Verwaltung den Anwendungsbereich des ZP 12.²²¹ Die Art, der Umfang und die Intensität des Nachteils spielten für die Rechtfertigungsfähigkeit einer Unterscheidung eine Rolle.²²² Denn in der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es auf die Schutzwürdigkeit der persönlichen Belange an.

In Bezug auf **Art. 3 Abs. 1 GG** ist mittlerweile geklärt, dass die Vorschrift einen umfassenden Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung bietet, **ohne dass ein spezifi-**

²¹⁶ Heyden/von Ungern-Sternberg (Fn. 276), 86.

²¹⁷ Vgl. → Fn. 22.

²¹⁸ Für Österreich: Matscher, in: FS Klecatky, 2010, 627 (628); für die Schweiz: Villiger, 478.

²¹⁹ Eine Diskriminierung liegt nach dem EGMR vor, wenn ein Individuum oder eine Gruppe ohne adäquate Rechtfertigung »weniger gut als ein anderer behandelt wird, selbst wenn die Konvention keine bessere Behandlung verlangt.« EGMR No. 664/06, § 39 – *Losonci Rose u. a.* (2011).

²²⁰ Abw. Votum der Richter Pettiti und Valticos in EGMR No. 16213/90, A 280-B, 33, § 2 – *Burg-hartz*.

²²¹ Expl. Rep. (→ Rn. 45).

²²² EGMR No. 4464/70, A 19, § 49 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)*.

sch, **zusätzlicher Nachteil** nachgewiesen werden müsste.²²³ Insbesondere setzt die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG nicht voraus, dass ein Freiheitsgrundrecht beschränkt wurde (→ Rn. 49). Der spezielle Gleichheitssatz des **Art. 3 Abs. 3 GG** verbietet zwar nur benachteiligende Unterscheidungen. Hiermit sind jedoch nicht nur Benachteiligungen in Bezug auf Rechte neben Art. 3 GG gemeint, sondern auch **ideelle, wirtschaftliche oder emotionale Nachteile**.²²⁴ Ein Nachteil kann beispielsweise die Ausschlusswirkung einer Rassentrennung im Stil von »*separate but equal*« sein.²²⁵

b) Stereotypisierung, Entwürdigung oder Unterdrückung?

- 63 Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist ein Gerechtigkeitspostulat und nicht weiter reduzierbar.²²⁶ Viele Autoren nehmen jedoch an, dass das Diskriminierungsverbot nicht lediglich die Kehrseite des Gleichbehandlungsgebotes ist, sondern ein *aliud*.²²⁷ In dieser Perspektive kann man nach dem **spezifischen Schutzzut des Diskriminierungsverbotes** fragen. Dieses ist umstritten. Als Kernübel der Diskriminierung werden im Wesentlichen zwei unterschiedliche Typen von Benachteiligung angesehen: Das Übel könnte primär in der Missachtung der Personalität von Individuen liegen. Diskriminierung bestünde dann darin, dass Menschen nicht aufgrund ihrer individuellen Verdienste und Fähigkeiten wahrgenommen werden, sondern sozusagen in Schubladen gesteckt werden (engl.: **stereotyping**).²²⁸ Eine neuere Variation dieser klassisch liberalen Auffassung ist das Verständnis des Diskriminierungsverbotes als Schutz vor »Überdeterminierung«, d. h. vor Zwang zur Anpassung der eigenen Lebensführung.²²⁹ Nach der Gegenmeinung besteht das Kernübel in der **Entwürdigung** (Demütigung, Abwertung, oder Stigmatisierung) und/oder in der gesellschaftlichen **Unterdrückung** (Entmachtung bzw. Knechtung) der diskriminierten Personen.²³⁰ Diese Sichtweise verengt

²²³ Zu Art. 3 Abs. 1 GG: *Rüfner*, in: BK, Art. 3 Abs. 1 Rn. 5; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Voraufll., Art. 3 Rn. 10.

²²⁴ *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Voraufll., Art. 3 Rn. 103; so offenbar auch *Heun*, in: Dreier, GG Art. 3 Rn. 104.

²²⁵ Vgl. EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 198 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik (GK)* zur Segregationswirkung separater Romakinder-Klassen. Vgl. auch *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 553.

²²⁶ Vgl. *Aristoteles* (Fn. 266), Buch V, Kap. 6–7 (1131a ff.).

²²⁷ Vgl. auch die Systematik und Terminologie der GRC: Art. 20 »Gleichheit vor dem Gesetz«; Art. 21: »Nichtdiskriminierung«. Vgl. *H. Sauer* in: Karpenstein/Mayer, Art. 14 Rn. 20: Diskriminierung als »Unterfall« der Ungleichbehandlung.

²²⁸ So z. B. *W. Becker*, Diskriminierung und Toleranz, in: C. Joerden (Hrsg.), Diskriminierung – Antidiskriminierung, 1996, 1ff. (passim); s. a. *A. Somek*, Rationalität und Diskriminierung: Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, 2001, 381f.; *G. Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen 2008, 187, 195 ff.: Schutz vor »Fremdbildkonstruktion«, letztlich also Schutz des Selbstdarstellungsrechts, das wiederum Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist (insb. S. 204). Hiergegen wird eingewendet, die Annahme dieser Schutzrichtung könne nicht erklären, dass nur die Diskriminierung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und ähnlichen Eigenschaften verboten sein soll (*A. Koppelman*, Antidiscrimination Law and Social Equality, 1996, 33).

²²⁹ *Somek* (Fn. 228), 27, 51, 382–384.

²³⁰ Ausgangspunkt dieser Position ist *Ronald Dworkins* Konzept des »right to treatment as an equal« als grundlegender Anspruch auf Behandlung mit gleichem Respekt, im Gegensatz zum lediglich abgeleiteten »right to equal treatment«, wenn *Dworkin* auch auf das Konzept der Diskriminierung

das Diskriminierungskonzept: Nicht jede ungerechtfertigte Benachteiligung aufgrund von Gruppenzugehörigkeit wäre bereits eine Diskriminierung, sondern nur die abwertende oder entwürdigende ungerechtfertigte Benachteiligung. Nach dieser Auffassung bietet das Diskriminierungsverbot keinen symmetrischen Schutz (→ Rn. 67), sondern schützt nur unterdrückte Gesellschaftsgruppen. Positive Fördermaßnahmen zugunsten solcher Gruppen sind in dieser Perspektive leichter zu rechtfertigen, weil sie allenfalls unfair sind, aber definitionsgemäß keine Diskriminierung der dominanten Gruppe beinhalten (→ Rn. 67f.). Eine Variation der Anti-Unterdrückungs-These ist die Definition des Schutzgutes der Diskriminierung als **Anspruch auf volle soziale Zugehörigkeit**. Diskriminierung besteht nach dieser Auffassung darin, dass die volle soziale Zugehörigkeit (Integration) der diskriminierten Personen in den Lebensbereichen Wohnung, Bildung und Arbeit erschwert oder verhindert wird.²³¹ Und schließlich ist der feministische Ansatz, nach dem es bei Frauendiskriminierung nicht primär um Unterschiede und unterschiedliche Behandlung der Geschlechter, sondern um Verfestigung männlicher gesellschaftlicher Dominanz geht, ebenfalls eine Weiterentwicklung der zweitgenannten Grundposition.²³² Auch in diesen Perspektiven ist Diskriminierung nur gegenüber der unterprivilegierten Gruppe möglich.

In der Rechtsprechung zu Art. 14 EMRK ist das **Schutzgut des Diskriminierungsverbotes** bisher nicht explizit präzisiert worden.²³³ In anderen Zusammenhängen werden für den engeren (auf Menschenwürdeverletzungen und Unterdrückung abstellenden) Diskriminierungsbegriff gewichtige Argumente ins Feld geführt, die im Kontext von Art. 14 EMRK zu erwägen wären: Diskriminierungsverbote stehen in engem teleologischen Zusammenhang zur Menschenwürde.²³⁴ Sie sind außerdem die rechtliche Re-

64

nung nicht explizit Bezug nimmt (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, 227). S. in der philosophischen Literatur für den würde- bzw. machtfokussierten Diskriminierungsbegriff z.B. D. Wasserman, *Discrimination, Concept of*, in: R. Chadwick (Hrsg.), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Bd. I, 1998, 805 (807–809). Für die EMRK Baker, *Proportional, Not Strict, Scrutiny* (Fn. 68), 892; für die EU H. Meenan, *Conclusion*, in: Meenan, *Equality Law* (Fn. 116), 342 ff. (354); für die Schweiz J. P. Müller, *Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung*, in: U. Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, 2000, 103–129, 109 und passim; Waldmann (Fn. 198), 248 ff.; Nachweise aus der US-amerikanischen juristischen Literatur und Rechtsprechung zum Verständnis von Diskriminierung als Entwürdigung und Unterdrückung bei A. Peters, *Women, Quotas and Constitutions*, 1999, 79 f. Andere Einteilung in fünf verschiedene Diskriminierungsbegriffe (lack of impartiality, subordination, stigma, second-class citizenship, encouragement of prejudice) bei D. Strauss, *Discriminatory Intent and the Taming of Brown*, *University of Chicago Law Review* 1985, 935 (940–946).

²³¹ So E. Anderson, *Integration, Affirmative Action, and Strict Scrutiny*, *NYU Law Rev.* 77 (2002), 1195–1271. S. auch Brockhaus: *Die Enzyklopädie*, Stichw. Diskriminierung, Bd. V, 20. Aufl. 1996, 553, wo das Übel als Ausschluss von sozialen Chancen charakterisiert wird.

²³² Grundlegend C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, 1979, 116. S.a. dies., *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, Kap. 12: *Sex Equality: On Difference and Dominance* (215 ff.).

²³³ Siehe in der Literatur grundlegend T. Altwickler, der in Fortführung des capabilities-Ansatzes von Amartya Sen und Martha Nussbaum das Schutzgut des Diskriminierungsverbotes als Schutz der Mittel des So-Sein-Könnens definiert, und dies weiter in drei Normzwecke ausdifferenziert (Altwickler, 466 ff.).

²³⁴ S. nur Interamerikanischer Menschenrechtsgerichtshof, Gutachten v. 19.1.1984 – *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, §§ 56 f., abgedr. in: HRLJ 5 (1984), 161. S. zum Konnex zwischen Art. 3 GG und der Menschenwürdegarantie (→ Rn. 66).

aktion auf in der Geschichte sichtbar gewordene typische Rechtsverletzungen und sollen dementsprechend spezifischen Schutz für entwürdigte/ausgegrenzte/stigmatisierte Gruppen bieten. Man kann auch argumentieren, dass der Diskriminierungsbegriff nicht zu kleiner Münze gemacht werden dürfe. Staatliche (oder individuelle) Verantwortung für soziale Ungerechtigkeit könnte über andere juristische Instrumente, z.B. über die Freiheitsrechte, sanktioniert werden, ohne das verpönte Verhalten mit dem starken moralischen Vorwurf der Diskriminierung zu belegen.

- 65 Unbeschadet dieser Argumente sprechen Wortlaut und System der EMRK gegen **eine Zuspitzung des Diskriminierungskonzepts auf menschenverachtende und/oder oppressive Unterscheidungen**. Der lange Katalog der verdächtigen Unterscheidungskriterien in Art. 14 EMRK/Art. 1 ZP 12 passt nicht zum engen Diskriminierungsbegriff. Die Merkmale sind nicht alle auf die Menschenwürde bezogen, sondern lediglich Ausdruck der Personalität der Individuen. Somit scheint der juristische, jedenfalls der EMRK-spezifische Diskriminierungsbegriff von einem möglicherweise strengeren moralischen Diskriminierungsbegriff entkoppelt. Angesichts der Strittigkeit des moralischen Konzepts liegt eine Abkoppelung sogar im Interesse der Rechtssicherheit. Diese Auslegung wird durch die Rechtsprechung bestätigt: In *Abdulaziz u. a.* bejahte der EGMR den Tatbestand einer Diskriminierung (aufgrund des Geschlechts) im Sinne von Art. 14 EMRK, obwohl die Unterscheidung »keine Verachtung oder Mangel an Respekt für die Persönlichkeit der Bf. ausdrückte«.²³⁵ Im Fall *Ostafrikanische Asiaten* erinnerte die Kommission daran, dass »einer Diskriminierung aus Gründen der Rasse« eine besondere Bedeutung zukommt. Einen Personenkreis aufgrund der Rasse öffentlich auszusondern und einer unterschiedlichen Behandlung zu unterwerfen, kann unter gewissen Umständen **eine besondere Form des Angriffs auf die Menschenwürde** darstellen.«²³⁶ Diese Rechtsprechung, die vom Gerichtshof in *Zypern v. Türkei*²³⁷ bestätigt wurde, hebt nicht nur den Menschenwürdebezug der Rassendiskriminierung hervor, sondern setzt die Diskriminierung aus sonstigen Gründen explizit davon ab: »Unterschiedliche Behandlung eines Personenkreises auf der Grundlage der Rasse kann daher geeignet sein, eine erniedrigende Behandlung selbst dann darzustellen, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus anderen Gründen keine solche Frage aufwerfen würde.«²³⁸ Der allgemeine EMRK-Begriff der Diskriminierung wird somit nicht auf menschenverachtende, entwürdigende Behandlungen verengt. Aus systematischen und rechtspolitischen Gründen ist dieser weite Diskriminierungsbegriff, der die bloße Missachtung der Personalität von Individuen mitumfasst, vorzugswürdig. Denn erstes ist die Liste der sensiblen Differenzierungsmerkmale lang, nicht abschließend und scheint auch nicht strikt personenbezogene Merkmale zu umfassen. Zweitens spricht die Akzessorietät von Art. 14 EMRK eher für ein weites Diskriminierungsverständnis, weil die Koppelung an Konventionsfreiheitsrechte den Schutzzumfang ohnehin einschränkt. Und schließlich sind handfeste materielle Nachteile in vielen Situationen kein geringeres Übel als das der Herabwürdigung oder Stigmatisierung. Die juristisch vorzugswürdige und gleichzeitig flexible Lösung ist, einem in einer spe-

²³⁵ EGMR No. 9214/80 u. a., A 94, §§ 90f., 83 – *Abdulaziz u. a.* (Pl.).

²³⁶ Der Kommissionsbericht von 1973 wurde erst 1994 nach Freigabe durch die britische Regierung veröffentlicht in: EKMR No. 4403/70 u. a., DR 78-A, 5, § 207 – *East African Asians* (Pl.).

²³⁷ EGMR No. 25781/94, §§ 302–316 – *Zypern v. Türkei* (2001).

²³⁸ EKMR No. 4403/70 u. a., DR 78-A, 5, § 207 – *East African Asians* (Pl.).

zifischen Diskriminierung liegenden Angriff auf die Menschenwürde und/oder einer darin liegenden sozialen Ausgrenzung und Unterdrückung mit einem strengeren Prüfungsmaßstab Rechnung zu tragen. Tatsächlich stuft die Rechtsprechung die Prüfungs-dichte nach Merkmalen ab (→ Rn. 225 ff.).

Der Diskriminierungsbegriff der EMRK korrespondiert zu dem Gleichheitsbegriff des GG. Zwar werden die Gleichheitssätze des GG stets in engem Zusammenhang zur Menschenwürdegarantie gesehen.²³⁹ Jedoch sind die Schlüsselbegriffe »gleich« bzw. »gleichberechtigt« im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 GG nicht auf die Bedeutung von »gleicher Würde« verengt. Art. 3 GG schützt nicht nur vor Entwürdigung.

66

3. Symmetrie des Diskriminierungsverbots

»Diskriminierung« im Sinne von Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 12 ist ein symmetrisches Konzept.²⁴⁰ Nach ihrem Wortlaut schützt die Norm nicht nur gesellschaftlich benachteiligte Gruppen (Menschen nicht-weißer Hautfarbe, Juden, Frauen etc.). Wortwörtlich wird nicht die Diskriminierung von Frauen und Schwarzen, sondern es wird die Diskriminierung wegen des Geschlechts (also auch von Männern), wegen der Hautfarbe (also auch von Weißen) etc. verboten. Diese Symmetrie wird in der Rechtsprechung nicht thematisiert oder gar in Frage gestellt. Es wäre möglich, im Wege der Auslegung die vom Wortlaut nahegelegte Schutzrichtung zu modifizieren. Dies fordern die Vertreter eines asymmetrischen Diskriminierungskonzepts vor allem mit teleologischen Argumenten. Sie weisen darauf hin, dass die Merkmale der Rasse, des Geschlechts und der religiösen Überzeugung in der Vergangenheit typischerweise Anlass zu menschenverachtenden, jedenfalls benachteiligenden Unterscheidungen gegeben haben, aber nur zulasten spezifischer Gruppen. Nur diese seien nach der historischen Erfahrung und in der aktuellen gesellschaftlichen Wirklichkeit erhöht schutzbedürftig.²⁴¹ Die radikalste Interpretation in diese Richtung wäre, die Ungleichbehandlung von Mitgliedern der historisch nie gefährdeten und gesellschaftlich dominanten Gruppe (mangels Unterdrückung, Stigmatisierung, Ausgrenzung o.ä.) von vornherein nicht als Diskriminierung zu qualifizieren. Damit wäre beispielsweise ein Zwangszusammenschluss von Großgrundbesitzern (im Vergleich zu Eigentümern kleiner Grundstücke) aus dem Schutzbereich von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP wegdefiniert. Ein derartig enger Diskriminierungsbegriff liegt aber der EMRK nicht zugrunde (→ Rn. 53). Es wird im Gegenteil auch die Benachteiligung von traditionell privilegierten Personen durch positive Maßnahmen (Zurückstellung von Männern durch Frauenförderung usw.) als Diskriminierungsproblem behandelt (→ Rn. 107). Ein differenzierter Interpretationsansatz wäre, die Benachteiligung von Mitgliedern der nach historischer Erfahrung besonders verwundbaren Gruppen einer strikteren Rechtfertigungslast zu unterwerfen.²⁴² Hierzu gibt es jedoch keine Ansätze in der Rechtsprechung. Beispielsweise

67

²³⁹ G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 22; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 367 (zu Art. 3 Abs. 3); Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 102.

²⁴⁰ So auch Altwicker, 128.

²⁴¹ S. nur Müller (Fn. 230), 113 zum Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 Schweizer Bundesverfassung; aus Sicht der Moralphilosophie L. Blum, Moral Asymmetries in Racism, in: S. Babbitt/S. Campbell (Hrsg.), Racism and Philosophy, 1999, 79–97.

²⁴² So das BVerfG im Rahmen der »neuen Formel« zu Art. 3 Abs. 1 GG: strengere Prüfung, wenn die Gefahr der Diskriminierung einer Minderheit besteht (BVerfGE 124, 199, [220]).

verlangt der EGMR »besonders gewichtige Gründe« (»very weighty reasons«) zur Rechtfertigung einer Unterscheidung, die alleine auf dem Geschlecht basiert, auch in Fällen der Männerdiskriminierung und legt hier keinen großzügigeren Maßstab an.²⁴³ In dieser Hinsicht stimmt die EGMR-Rechtsprechung mit den herkömmlichen und noch herrschenden symmetrischen Konzeptionen von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach dem GG,²⁴⁴ dem EU-Recht²⁴⁵ und auch der US-Verfassungsrechtsprechung²⁴⁶ überein.

- 68 Das symmetrische Konzept ist folgerichtig, wenn Schutzgut des Diskriminierungsverbots die Personalität des Individuums ist (→ Rn. 63). Ein weiterer Einwand gegen das asymmetrische Konzept ist, dass es zu Unrecht eine klare Zuordnung von Benachteiligung und Bevorzugung durch eine konkrete differenzierende Maßnahme unterstellt. Das Beispiel der Behandlung der Geschlechter zeigt aber, dass oft – auf unterschiedliche Art und Weise – beide Gruppen durch eine bestimmte Politik geschädigt werden. So sollen Arbeitsschutzregelungen (Nachtarbeitsverbot; Mutterschutz) Frauen schützen, benachteiligen sie aber indirekt durch Verminderung ihrer Konkurrenzfähigkeit. Ein anderes Beispiel sind Zugangsbeschränkungen für Männer zu bestimmten Berufen, z.B. Pflegeberufen. Nur oberflächlich gesehen begünstigen sie Frauen, denn sie verfestigen gleichzeitig das Klischee des Frauenberufes (der typischerweise schlechter bezahlt wird). Auch Frauenquoten können Frauen indirekt benachteiligen, indem sie die Rede von der Quotenfrau begünstigen und das Selbstbewusstsein der geförderten Frauen untergraben. In allen diesen Situationen läge nach dem asymmetrischen Konzept weder eine Diskriminierung von Frauen noch von Männern vor. Es scheint vorzugswürdig, das Diskriminierungskonzept nicht derart zu reduzieren, sondern den realen gesellschaftlichen Machtverhältnissen bzw. der Gefahr der moralischen Abwertung und Stigmatisierung bei der Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Einzelfall Rechnung zu tragen. Diese **Flexibilität** scheint **sachangemessener** als eine starre Asymmetrie.

²⁴³ St. Rspr., siehe EGMR Nos. 42949/98 u. 53134/99, § 36 – *Runkee u. White* (2007); No. 664/06 – *Losonci Rose* (2011); No. 30078/06 – *Markin (GK)* (2012).

²⁴⁴ Art. 3 Abs. 2 GG schützt explizit »Männer und Frauen«; s. a. BVerfGE 31, 1 (4).

²⁴⁵ Im europäischen Unionsverfassungsrecht weisen sämtliche Normtexte über die Gleichbehandlung der Geschlechter auf eine symmetrische Beurteilung von Frauen- und Männerdiskriminierung hin. Dies gilt auch für die europäischen Förderklauseln, die geschlechtsneutral formuliert sind und zugunsten des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts wirken (Art. 157 Abs. 4 AEUV; Art. 23 Abs. 2 GRC). Auch die sonstigen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote sind symmetrisch (s. die Rassendiskriminierungsrichtlinie [RL 2000/43/EG des Rates, ABl. EG 2000 L 180/22], die Rahmenrichtlinie zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf [RL 2000/78/EG des Rates, ABl. EG 2000 L 303/16], die Gleichbehandlungsrichtlinie [RL 2002/73/EG des EP und des Rates, ABl. EG 2002 L 269/15]; aus der Literatur *Plötscher* [Fn. 206], 273–277).

²⁴⁶ In der US-amerikanischen verfassungsjuristischen Literatur wird mit subtilen Argumenten gefordert, die Benachteiligung von Afroamerikanern und anderen unterprivilegierten Minderheiten mit »strict scrutiny« zu prüfen, die Benachteiligung von Weißen durch Fördermaßnahmen zugunsten dieser Gruppen aber nur mit »intermediate scrutiny«. In der amerikanischen höchstgerichtlichen Rechtsprechung wird eine derartige Asymmetrie jedoch abgelehnt. Der Supreme Court prüft streng symmetrisch (»principle of consistency«), 115 S.Ct. 2097, 2111 (1995) – *Adarand*.

4. Diskriminierung »wegen« eines sensiblen Merkmals: Objektive Kausalität

Sowohl Art. 14 EMRK als auch Art. 3 Abs. 3 GG verbieten die Diskriminierung »wegen« eines verdächtigen Merkmals. Die Rechtsprechung zu Art. 14 EMRK hat verein-
zelt auf subjektive Absichten Bezug genommen.²⁴⁷ **Gewaltakte** von Amtsträgern ge-
genüber Angehörigen ethnischer Minderheiten qualifiziert der EGMR nur dann als
Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 2 oder 3, wenn diese in **rassistischer Absicht** began-
gen wurden: Es komme darauf an, ob die Gewaltakte »durch rassistische Vorurteile
motiviert« waren, ob »Rassismus ein kausaler Faktor war«, entscheidend sei die »sub-
jektive Einstellung«.²⁴⁸ Und die **mittelbare Diskriminierung** wird vom Gerichtshof
dahingehend definiert, dass diese »nicht unbedingt eine diskriminierende Absicht
erfordert«.²⁴⁹ Aus diesen Feststellungen zu Spezialsituationen sollte nicht der Gegen-
schluss gezogen werden, dass eine (»normale«) unmittelbare Diskriminierung nur ab-
sichtlich begangen werden kann (→ Rn. 54). Die Rechtsprechung hat teilweise »Absicht
und Wirkungen« einer Ungleichbehandlung berücksichtigt²⁵⁰ bzw. eine objektive
Kausalbeziehung gesucht.²⁵¹

Auch nach dem GG kommt es nicht auf eine personen- oder gruppenbezogene Ab-
sicht an. Der Tatbestand des **Art. 3 Abs. 1 GG** erfordert »[n]icht die subjektive Willkür
[...], sondern die objektive, d.h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit
einer Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll.«²⁵² Im
Anwendungsbereich des **Art. 3 Abs. 3 GG** liegt eine Benachteiligung »wegen« eines
verpönten Merkmals auch dann vor, wenn diese Benachteiligung nicht intendiert, son-
dern unbeabsichtigte Nebenfolge eines beliebigen Regelungsziels ist (sogenanntes ob-
jektives **Anknüpfungsverbot**).²⁵³ Die frühere Rechtsprechung, die zusätzlich zur ob-
jektiven Kausalität noch einen entsprechenden subjektiven Zweck bzw. ein inneres

²⁴⁷ Kommissionsbericht von 1973 zum Fall der ostafrikanischen Asiaten: »Hauptzweck der Regie-
rungsvorlage war offensichtlich auszuschließen, daß die meisten der 200.000 Asiaten in Ostafrika
weiterhin nach ihrem Gutdünken frei hierher kommen könnten.« Erst 1994 nach Freigabe durch die
britische Regierung veröffentlicht in EKMR No. 4403/70 u.a., DR 78-A, 5, § 199 – *East African Asi-
ans (Pl.)*. S.a. EGMR No. 5589/72, A 21, § 40 – *Schmidt u. Dahlström*: Verneint »ill-intentioned
aims«, folglich keine Diskriminierung.

²⁴⁸ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, §§ 146, 157, 160 – *Nachova u.a. (GK)*;
No. 15250/02, §§ 65, 69 – *Bekos u. Koutropoulos* (2006); No. 42722/02, § 131 – *Stoica* (2008).

²⁴⁹ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 184 – *D.H. u.a. v. Tschechische Republik GK*. Oft wird
die Frage der Diskriminierungsabsicht mit dem Problem der mittelbaren Diskriminierung verquickt,
obwohl sie nicht zwingend damit korreliert. Staatliche Maßnahmen mit überproportional negativen
Folgen für Mitglieder einer geschützten Gruppe dürften zwar meist nicht von einer Diskriminierungs-
absicht getragen sein, dies wäre aber möglich. Insofern sind beabsichtigte und mittelbare Diskrimi-
nierung keine Gegenbegriffe (näher zur mittelbaren Diskriminierung → Rn. 76 ff.).

²⁵⁰ EGMR No. 1474/62 u.a., A 6, § 10 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; No. 34462/97, Rep. 2002-IV,
§ 52 – *Wessels-Bergervoet*; Nos. 4149/04 u. 41029/04, Rep. 2012, § 45 – *Aksu (GK)*.

²⁵¹ EGMR No. 18131/91, A 299-B, § 51 – *Stjerna*; No. 33290/96, Rep. 1999-IX, §§ 33–36 – *Sal-
gueiro da Silva Mouta*.

²⁵² BVerfGE 51, 1 (26 f.); st. Rspr. seit BVerfGE 2, 266 (281); 4, 144 (155). Aus der Literatur *Leib-
holz* (Fn. 92), 95 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 10; *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3
Rn. 20.

²⁵³ Statt vieler *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 558–562.

Motiv (»Finalität« der Benachteiligung)²⁵⁴ forderte, wurde aufgegeben.²⁵⁵ Der damit verbundenen Ausweitung der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 GG tritt die restriktivere Interpretation der Vorschrift als Begründungsverbot entgegen. Nach dieser Konstruktion ist nicht jede Anknüpfung an eines der verpönten Merkmale bereits eine Diskriminierung, sondern nur dann, wenn sie nicht durch Rückgriff auf eine andere Erwägung begründet oder erklärt werden kann. Eine tragfähige Begründung gilt als Nachweis der fehlenden objektiven Kausalität zwischen Merkmal und (ungleicher) Behandlung, womit eine Diskriminierung ausscheidet.²⁵⁶ Eine derart enge Auslegung des Diskriminierungsverbots wird auf EMRK-Ebene nicht vertreten.

- 71 Der Verzicht auf Vorsatz oder Schuld steht im Einklang mit den ebenfalls objektivierte Diskriminierungskonzepten im **Recht der EU**²⁵⁷ sowie im sonstigen **internationalen Recht**.²⁵⁸ Abweichend interpretiert der **U.S. Supreme Court** die amerikanische Verfassung. Im Gegensatz zum zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot des Title VII des Civil Rights Act von 1964 schützt die Equal Protection Clause nur vor beabsichtigter Diskriminierung.²⁵⁹
- 72 Die **Unbeachtlichkeit der Absichten und Motive** sind in **rechtspolitischer und in systematischer Hinsicht zu begrüßen**. Der Tatbestand der Diskriminierung nach Art. 14 EMRK sollte nicht subjektiv angereichert und es sollte keine Diskriminierungsabsicht gefordert werden.²⁶⁰ Adressat des Diskriminierungsverbots sind juristische Personen des öffentlichen Rechts bzw. deren Organe. Die psychologische Befindlichkeit der handelnden Personen ist vom Amt zu trennen, für die straf- und zivilrechtlichen Kategorien von Vorsatz oder Fahrlässigkeit ist kein Raum. Eine Erforschung der Motive (einzelner Parlamentarier oder Verantwortlicher?) jenseits des verlaublichen oder offenkundigen rechtspolitischen Ziels einer Maßnahme wäre aus mehreren Gründen nicht praktikabel. Es ist weder klar, worauf sich die Absicht beziehen muss, um »diskriminierend« zu sein (auf die Missachtung des Individuums, auf Ausgrenzung, Entwürdigung oder Stigma? [→ Rn. 63]), noch besteht Konsens darüber, wie direkt die Absicht sein muss (müsste es etwa dem Gesetzgeber [nur] darauf an-

²⁵⁴ BVerfGE 75, 40 (70); BVerfG (VPA) 2 BvR 881/85, NVwZ 1987, 785.

²⁵⁵ BVerfGE 85, 191 (206). Siehe aus neuerer Zeit klar z.B. BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, BVerfG 2, 36; BVerfGE 121, 241 (254).

²⁵⁶ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 379; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 110.

²⁵⁷ Das EU-Diskriminierungskonzept ist allerdings insofern noch nicht völlig geklärt. Zum Teil scheinen subjektive Elemente beachtet zu werden (s.a. Somek [Fn. 228], 555 f.; Plötscher [Fn. 206], 53, 69).

²⁵⁸ Vgl. Art. 1 CERD (1966) sowie Art. 1 CEDAW (1980): Beide Diskriminierungsverbote stellen sowohl auf diskriminatorische Ziele als auch auf Folgen der Ungleichbehandlung ab. Ebenso Menschenrechtsausschuss (Fn. 205), Allgemeine Bemerkung 18 (37) Rn. 7; Nachweise zu weiteren internationalen Normen bei Bayefsky, 9. Auch das völkergewohnheitsrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung erfasst nicht nur bösgläubige Handlungen (ICJ Rep. 1966, 6 – *South West Africa, Second Phase*, abw. Votum Tanaka auf 314).

²⁵⁹ 426 U.S. 229 (242) – *Washington v. Davis*; 442 U.S. 256 (279) – *Personnel Administrator v. Feeney*; 488 U.S. 469 (493) – *Croson*; 509 U.S. 630 (642) – *Shaw v. Reno*; 116 S.Ct. 1620 (1627) – *Romer v. Evans*; 116 S.Ct. 2264 (2277) – *United States v. Virginia*. S. aus der Literatur kritisch Strauss (Fn. 230), 935 ff.; D.R. Ortiz, *The Myth of Intent in Equal Protection*, Stanford Law Review 41 (1989), 1105 ff.

²⁶⁰ In diesem Sinne auch Matscher, in: FS Klecatsky, 2010, 629; Wildhaber, 71 f.; Baker, *Proportional, Not Strict, Scrutiny* (Fn. 68), 855, 893.

kommen, eine Gruppe zu benachteiligen?). Weiter ist unklar, wie die in der Realität meist vorhandenen Motivbündel zu bewerten wären. Hinzu kommt, dass Schutzbehauptungen jederzeit möglich wären. Ferner spricht grundsätzlich gegen einen Fokus auf die Diskriminierungsabsicht, dass Diskriminierungsverbote auch vor struktureller Diskriminierung, die nicht auf bewusste Einzelakte oder Vorurteile zurückführbar ist, schützen sollen. Und schließlich wäre das Abstellen auf Hintergedanken unvereinbar mit der Rechtfertigung einer Differenzierung über die Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der es um die Beziehung zwischen dem objektiven Regelungsziel und der Unterscheidung geht.

Die Diskriminierungsabsicht wird allerdings bei rassistischen oder sexistischen Gewaltakten bzw. »*harassment*«, die zunehmend als eigenständiger Diskriminierungstatbestand aufgefasst werden, relevant. Hier kann nur die diskriminierende Absicht die Taten von bloßer Polizeigewalt im Anwendungsbereich von Art. 2 und 3 EMRK unterscheiden. Hinzukommt, dass bei diesen Verwirklichungsformen das relationale Element (eine *Andersbehandlung* aufgrund der Rasse oder des Geschlechts) weitgehend zurücktritt und wegen der Singularität der Vorfälle kaum plausible statistische Aussagen über die besondere Betroffenheit geschützter Gruppen getroffen werden können. Auch hier sollte es aber letztlich auf den Diskriminierungserfolg ankommen und die Absicht als bloßes Indiz, nicht aber als *conditio sine qua non* gelten.

73

5. Diskriminierung durch ungerechtfertigte Gleichbehandlung

Art. 14 EMRK schützt nicht nur vor ungerechtfertigten Differenzierungen, sondern ebenso vor **Gleichbehandlung**, die den Besonderheiten eines Einzelfalls unter Missachtung eines sensiblen Kriteriums nicht Rechnung trägt.²⁶¹ In *Thlimmenos* wurde der Bf. identisch wie alle sonstigen Vorbestraften behandelt und nicht zum öffentlichen Dienst zugelassen. Dabei ließen die Behörden außer Acht, dass *Thlimmenos*' Vorstrafe eine religiös motivierte Straftat (Wehrdienstverweigerung) betraf. Die pauschale Gleichbehandlung mit sonstigen Kriminellen verletzte Art. 14 EMRK²⁶² (→ Rn. 165). In Beschwerden zur Raumplanung und Wohnwagenstandplätzen im Vereinigten Königreich hatten Roma vorgebracht, das englische Rechtssystem berücksichtige die speziellen Bedürfnisse ihrer traditionellen Lebensweise nicht ausreichend. Der Gerichtshof akzeptierte, dass die allgemeine und gleichmäßige Planung und Durchsetzung des Rechts in Form von Sanktionen gegen ungenehmigte Wohnwagen prinzipiell eine Diskriminierung darstellen könne.²⁶³ Auch die Pflicht zur **Sonderbehandlung von (privaten oder polizeilichen) Gewaltakten mit potentiell rassistischem Hintergrund** mittels spezieller und intensiverer behördlicher Untersuchungen ergibt sich aus dem Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln: »[T]reating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be turning a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights. A failure to make a distinction in the way in which situations that are es-

74

²⁶¹ Zur Abgrenzung von der mittelbaren Diskriminierung → Rn. 76ff.

²⁶² EGMR No. 34369/97, Rep. 2000-IV – *Thlimmenos* (GK).

²⁶³ EGMR No. 24882/94 – *Beard* (GK) (2001); No. 24876/94 – *Coster* (GK) (2001); No. 25154/94 – *Smith* (GK) (2001); No. 25289/94 – *Lee* (GK) (2001). Weil eine objektive und vernünftige Rechtfertigung vorlag, war Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK letztlich nicht verletzt.

essentially different are handled may constitute unjustified treatment irreconcilable with Article 14 of the Convention.«²⁶⁴

- 75 Im deutschen Verfassungsrecht stellte die Rechtsprechung bereits wesentlich früher klar, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch verbietet, »wesentlich Ungleiches willkürlich gleich [zu] behandeln«.²⁶⁵ Die Rechtfertigungsbedürftigkeit auch von Gleichbehandlung ist im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit, weil jedes Differenzierungsproblem durch Wahl einer anderen Vergleichsgruppe in ein Gleichbehandlungsproblem umformuliert werden kann.²⁶⁶ Auch nach der Rechtsprechung des EuGH liegen eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes oder eine Diskriminierung nicht nur dann vor, »wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden«, sondern auch dann »wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird.«²⁶⁷

6. Mittelbare Diskriminierung

a) Allgemeines

- 76 Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung, die aus dem US-amerikanischen Recht stammt (*disparate impact theory*),²⁶⁸ berücksichtigt die **faktischen Auswirkungen einer auf den ersten Blick neutral formulierten Regelung** auf eine durch ein besonderes Diskriminierungsverbot geschützte Gruppe. Benachteiligt eine solche Regelung die Gruppe, z.B. Frauen, überproportional, so ist eine mittelbare Diskriminierung gegeben, wenn die Ungleichbehandlung nicht durch objektive, sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann, die mit dem verbotenen Differenzierungsmerkmal in keinerlei Beziehung stehen.²⁶⁹ Auf eine Diskriminierungsabsicht kommt es nicht an.²⁷⁰

²⁶⁴ EGMR No. 48254/99, § 90 – *Cobzaru* (2007) (Hervorhebungen d. Verf.). Ebenso No. 55523/00, § 117 – *Angelova u. Iliev* (2007); No. 46423/06, § 94 – *Beganović* (2009); No. 44614/07, § 97 – *Milanić* (2011); No. 74832/01, § 119 – *Mižigárová* (2010).

²⁶⁵ St. Rspr. seit BVerfGE 4, 144 (155); anders noch 1, 14 (52).

²⁶⁶ *Pieroth/Schlink*, Rn. 468; vgl. bereits *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kap. 6–7 (1131a). So hätte *Thlimmenos'* Gewissenstat auch mit sonstigen religiösen Handlungen verglichen werden können, die nicht bestraft wurden; insofern lag eine Ungleichbehandlung vor.

²⁶⁷ Zur Geschlechtsdiskriminierung EuGH Rs. C-411/96, Slg. 1998, I-6401, Rn. 39 – *Boyle*. Ebenso zum allgemeinen Gleichheitssatz EuGH Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923, Rn. 37 – *Spanien v. Kommission*.

²⁶⁸ Vgl. zur amerikanischen Rechtslage *R. C. Hunter/E. W. Shoben*, *Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept?*, *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 19 (1998), 108; *Peters*, *Women, Quotas and Constitutions* (Fn. 230), 87 ff. m. w. N.

²⁶⁹ Ausf. *T. Loenen*, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, in: *T. Loenen/P.R. Rodrigues* (Hrsg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, 1999, 195–211 m. w. N.; *C. Fuchsloch*, *Das Verbot der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung*, 1995, 104 ff.; *K.-J. Bieback*, *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, 1997, 35 ff. m. w. N.; *B. Waldmann* (Fn. 198), 338 ff.; *Tobler*, 57 ff.; *Altewicker*, 273 ff.; in Bezug auf das AGG *G. Thüsing*, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 2007, 103 ff.; in Bezug auf Schule und Bildung *D. Richter*, *Mittelbare Diskriminierung im Bereich der Bildung*, in: *S. Knickrehm/U. Rust* (Hrsg.), *Arbeitsmarktpolitik in der Krise*, 2010, 227.

²⁷⁰ Vgl. *Altewicker*, 282 u. 301 f.; *Connolly*, *Discrimination Law*, 153 ff.; *J. Devroye*, *The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic*, *Northwestern Journal of International Human Rights* 7 (2009), 81 (92 ff.); *S. v. d. Bogaert*, *Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination*, *ZaöRV* 2011 (4), 719 (748).

Die Besonderheit der mittelbaren Diskriminierung besteht darin, dass die in Frage stehende Regelung gerade nicht an ein verbotenes Merkmal anknüpft, sondern die Betroffenen nach einem Merkmal unterscheidet, das theoretisch die Angehörigen beider Vergleichsgruppen erfüllen können. Deswegen kann sie von Diskriminierungsverboten, die als Anknüpfungsverbote ausgelegt werden, nicht erfasst werden.²⁷¹ Dass sich die Regelung trotz der scheinbar neutralen Formulierung auf eine durch ein verbotenes Differenzierungsmerkmal geschützte Gruppe überproportional benachteiligend auswirkt, ist darauf zurückzuführen, dass zwischen dieser und der durch die Regelung begünstigten Gruppe erhebliche tatsächliche Unterschiede bestehen. Um die überproportionale Benachteiligung der betroffenen Gruppe aufzuzeigen, werden zwei Ansätze verfolgt: Zum einen wird auf Statistiken zurückgegriffen (empirisch-statistischer Ansatz), wobei eine signifikante Abweichung regelmäßig als ausreichend angesehen wird.²⁷² Zum anderen wird eine normativ-typisierende Betrachtung angestellt, der zufolge es ausreicht, dass nach der Lebenserfahrung die Verwendung eines bestimmten scheinbar neutralen Differenzierungskriteriums typischerweise zu einer überproportionalen Benachteiligung einer bestimmten Gruppe führt.²⁷³ Häufig ist die überproportional betroffene Gruppe aufgrund historisch bedingter, traditioneller Verhaltensmuster in der Gesellschaft ohnehin benachteiligt. Entscheidend ist somit die **Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe** (z.B. ungelernete Arbeitnehmer), die sich wiederum in der Mehrheit aus Mitgliedern einer durch ein besonderes Diskriminierungsverbot geschützten Gruppe (z.B. ethnische Herkunft oder Geschlecht) zusammensetzt. Dennoch handelt es sich bei dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung nicht um ein sog. »Gruppengrundrecht«, sondern es geht – wie bei der unmittelbaren Diskriminierung²⁷⁴ – um den Schutz des Individuums, dessen Anspruch auf Gleichbehandlung wegen seiner Gruppenzugehörigkeit verletzt wird.

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung zielt nicht darauf ab, tatsächliche Ungleichheiten zu kompensieren und damit faktische Gleichheit herzustellen. Sinn und Zweck der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist es vielmehr, **den besonderen Diskriminierungsverboten dadurch zu voller Wirksamkeit zu verhelfen**, dass nicht nur an ein verbotenes Merkmal anknüpfende, sondern auch solche Ungleichbehandlungen erfasst werden, die die Angehörigen der betroffenen Gruppe faktisch in gleicher Weise wie eine unmittelbare Diskriminierung benachteiligen. Zugleich wird dadurch eine Umgehung der besonderen Diskriminierungsverbote durch das Ausweichen auf scheinbar neutrale Unterscheidungsmerkmale verhindert. Auf diesem Weg sollen tatsächlich bestehende Unterschiede durch das Recht nicht noch verfestigt und diskriminierende Strukturen beseitigt werden.²⁷⁵

77

²⁷¹ So M. Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, 1987, 479 ff.; C. Traupe, Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder?, 2002, 266 ff.

²⁷² So M. Fehling, Mittelbare Diskriminierung und Art. 3 (Abs. 3) GG: Vom europäischen Recht lernen!?, in: FS Würtenberger, 2013; vgl. zur Heranziehung von Statistiken durch den EGMR *Altwickler*, 289 ff.

²⁷³ Fehling (Fn. 272), 71. m. w. N., der beide Ansätze für gleichermaßen geeignet für den Nachweis relevanter tatsächlicher Diskriminierungswirkungen hält.

²⁷⁴ Bieback (Fn. 269), 50 f.

²⁷⁵ Ähnlich *Altwickler*, 483, nach dessen Auffassung »die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung ungerechte Wirkungsungleichheiten erfasst, die daraus resultieren, dass die Verteilung gesell-

b) Die mittelbare Diskriminierung in der Rechtsprechung von EGMR, BVerfG und EuGH

- 78 Nach langer Zurückhaltung hat auch der EGMR in neueren Entscheidungen die mittelbare bzw. faktische Diskriminierung ausdrücklich anerkannt.²⁷⁶ Danach liegt – in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH²⁷⁷ – eine **mittelbare Diskriminierung** vor, wenn eine neutral formulierte Bestimmung eine bestimmte Gruppe faktisch benachteiligt und dies nicht objektiv zu rechtfertigen ist (→ Rn. 81). Nachdem der EGMR die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung bereits in dem Fall *Hugh Jordan* (2001) angedeutet hatte,²⁷⁸ wandte er sie in den Entscheidungen *Hoogendijk* (2005) und *Zarb Adami* (2006) erstmals in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung an. In der viel beachteten Entscheidung *D.H. u. a. v. Tschechien* (2007),²⁷⁹ in der sich die Bf. gegen die ihrer Ansicht nach rassistische Einschulung in die Sonderschule wandten, bestätigte und verfeinerte er diese Rechtsprechung. Die Bf., Angehörige der Roma, legten Statistiken vor, nach denen der Anteil der Romakinder an den Sonderschulen überproportional hoch war.²⁸⁰ Der EGMR sah aufgrund dieser Statistiken einen *Prima-facie*-Beweis für eine mittelbare Diskriminierung als erbracht an, was eine Beweislastverschiebung auf Tschechien zur Folge hatte²⁸¹ (zur Beweislast bei mittelbarer Diskrimi-

schaftlicher Vor- und Nachteile aufgrund struktureller Entscheidungen zulasten bestimmter sozialer Gruppen verzerrt ist«.

²⁷⁶ EGMR No. 58641/00 – *Hoogendijk* (2005); No. 17209/02, Rep. 2006-VIII, § 80 – *Zarb Adami*; No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 175 – *D.H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK); No. 32526/05, § 68 – *Sampanis u. a.* (2008); No. 15766/03, Rep. 2010, § 150 – *Orsus u. a.* (GK). Siehe aus der Literatur K. Heyden/A. von Ungern-Sternberg, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, EuGRZ 36 (2009), 82; R. O'Connell, Substantive Equality in the European Court of Human Rights?, Michigan Law Rev. 107 (2009), 129; ders., Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR, Legal Studies 29 (2009), 211; K. Henrard, A Patchwork of 'Successful' and 'Missed' Synergies in the Jurisprudence of the ECHR, in: K. Henrard/R. Dunbar (Hrsg.), Synergies in Minority Protection: European and International Law Perspectives, 2008, 314 (322 ff.).

²⁷⁷ Der EGMR bezieht sich in der Rs. No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 184 – *D.H. u. a. v. Tschechien* (GK) auf die Richtlinien des Rates 2000/43/EG und 97/80/EG (mittlerweile neugefasst durch RL 2006/54/EG), welche die Rechtsprechung des EuGH kodifizieren.

²⁷⁸ EGMR No. 24746/94, § 154 – *Jordan* (2001). In diesem Fall, in dem es um eine Diskriminierung wegen der Religion bzw. der nationalen Herkunft ging, wies der EGMR darauf hin, dass eine Diskriminierung auch dann nicht ausgeschlossen werden könne, wenn die angegriffene Maßnahme nicht explizit gegen die betreffende Gruppe gerichtet sei, diese aber übermäßig benachteilige.

²⁷⁹ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV – *D.H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK); dazu J. Sambuc Bloise, L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *D.H. et autres c. République tchèque*: une décision de principe en matière de non-discrimination raciale, SZIER/RSDIE 2008, 31; Heyden/von Ungern-Sternberg (Fn. 276), 81 ff.; G. Hobcraft, Roma Children and Education in the Czech Republic: *DH v Czech Republic*: Opening the Door to Indirect Discrimination Findings in Strasbourg?, EHRLR 2008, 245; E. Dubout, L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution?, RTDH 75 (2008), 821; ders., Vers une protection de l'égalité «collective» par la Cour européenne des droits de l'homme?, RTDH 68 (2006), 851.

²⁸⁰ In der betroffenen Stadt *Ostrava* waren 56% aller Sonderschulkinder Roma, während deren Anteil an den Regelgrundschulkindern nur 2,26% betrug. Vgl. zu den unterschiedlichen Anforderungen anderer Gerichte an den Nachweis einer erheblichen Benachteiligung M. Connolly, Discrimination Law, 2011, 172 und zu den Anforderungen in den USA J.L. Peresie, Toward a Coherent Test for Disparate Impact Discrimination, ILJ 2009, 773.

²⁸¹ EGMR No. 57325/00, §§ 185 ff. – *D.H. u. a. v. Tschechische Republik* (GK) (2007).

nierung → Rn. 27). Die Verletzung der Bf. bejahte der Gerichtshof ohne nähere Prüfung mit dem Argument, dass sie als Angehörige der benachteiligten Gruppe zwangsläufig die gleiche diskriminierende Behandlung wie diese erfahren hätten. Damit bestimmte er die Betroffenheit der Bf. – mit Blick auf den gruppenbezogenen Aspekt der mittelbaren Diskriminierung folgerichtig – abstrakt-individuell.²⁸² In *Orsus u.a.* beurteilte er die Einrichtung von Sonderklassen für Schüler mit mangelnden kroatischen Sprachkenntnissen ebenfalls als eine mittelbare Diskriminierung von Romakindern. Die vorgelegten statistischen Daten, nach denen nur an einer der beiden Schulen vor Ort die Mehrheit der Romakinder in diesen Sonderklassen unterrichtet wurde, genügten nicht als *Prima-facie*-Beweis; die Tatsache aber, dass die Zuweisung in die Sonderklassen nur auf Romakinder Anwendung fand, führte zu der Annahme einer mittelbaren Diskriminierung.²⁸³ Acht von siebzehn Richtern erkannten zwar in einer *Partly Dissenting Opinion* das Konzept der mittelbaren Diskriminierung an, kritisierten aber das Abstellen auf die allgemeine Situation der Romaminderheit als zu weitgehend.²⁸⁴

Das BVerfG hat sich ebenfalls erst spät und vorwiegend in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung mit der mittelbaren Diskriminierung beschäftigt.²⁸⁵ In einigen Entscheidungen prüfte das BVerfG die mittelbare Diskriminierung,²⁸⁶ ohne klar erkennen zu lassen, ob Art. 3 Abs. 2²⁸⁷ oder Abs. 3 Satz 1 GG²⁸⁸ einschlägig ist. Im Schrifttum werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Diejenigen, die Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als Differenzierungsverbote auslegen, prüfen die mittelbare Diskriminierung nur im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.²⁸⁹ Andere, die sich auf die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts beziehen,

79

²⁸² Ebd., § 209. Kritisch dazu *Heyden/von Ungern-Sternberg* (Fn. 276), 89, die sich für einen konkret-individuellen Ansatz aussprechen; vgl. allgemein *Altwickler*, 286 ff. m. w. N.

²⁸³ EGMR No. 15766/03, Rep. 2010, §§ 152 f. – *Oršuš u.a. (GK)*. Auf der Rechtfertigungsebene bemängelte der EGMR, dass eindeutige Kriterien für die Zuweisung ebenso fehlten wie Maßnahmen zur Verbesserung der Sprachfähigkeiten und Mechanismen für den Wechsel in die normalen Klassen, §§ 156 ff. Da ein geeigneter Auswahltest nicht durchgeführt und nur Romakinder den Sonderklassen zugeteilt wurden, scheint die ethnische Zugehörigkeit doch das einzige Zuteilungskriterium dargestellt und damit sogar eine direkte Diskriminierung stattgefunden zu haben, vgl. *Bogaert* (Fn. 266), 749. Nach anderer Ansicht soll die mittelbare Diskriminierung eher in der Unterlassung positiver Maßnahmen zu sehen sein, *S. Besson*, *Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems*, *AJCoL* 60 (2012), 147 (176).

²⁸⁴ Joint *Partly Dissenting Opinion* zu EGMR No. 15766/03, §§ 15, 19 – *Orsus u.a. (GK)*. Vgl. auch *C. Danisi*, *How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight Against Discrimination?*, *IJCL* 9 (2011), 793 (798). Kritisch zu dieser abweichenden Meinung *Bogaert* (Fn. 266), 747 f.

²⁸⁵ Vgl. BVerfGE 89, 276 (290 f.), ein Beschluss zu § 611a BGB (Diskriminierungsverbot bei Einstellungen). Hier machten die Bf. mittelbare Diskriminierung geltend, das BVerfG erwähnte sie jedoch nicht in den tragenden Gründen. Bestätigt in BVerfG (K) 1 BvL 12/91, NZA 1998, 247 (248). Vgl. im Einzelnen *Fuchsloch* (Fn. 269), 82 ff.; *Bieback* (Fn. 269), 45 ff. Zu diesem Beschluss unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht unten Rn. 88.

²⁸⁶ Z. B. BVerfGE 97, 35; 104, 373; 113, 1; 121, 241 (254 ff.).

²⁸⁷ So in BVerfGE 113, 1 (15) mit der Begründung, durch die Anfügung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 sei klargestellt worden, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt und mithin auch faktische Diskriminierungen verbiete. Ebenso BVerfGE 126, 29 (53).

²⁸⁸ So in BVerfGE 121, 241 (254); BVerfG (K) 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209; Mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung.

²⁸⁹ *Sachs*, (Fn. 271), 483 ff.; *Traupe* (Fn. 271), 338 ff.

verorten sie entweder allein in Art. 3 Abs. 2 GG²⁹⁰ oder in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.²⁹¹ Diejenigen, die die mittelbare Diskriminierung auch auf andere verbotene Differenzierungsmerkmale erstrecken, halten allein Art. 3 Abs. 3 GG für einschlägig.²⁹² Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung gerade den besonderen Diskriminierungsverboten zu einer wirksamen Durchsetzung verhelfen und deren Umgehung verhindern soll (→ Rn. 77).²⁹³

- 80 Im Recht der EU²⁹⁴ wurde das Konzept der mittelbaren Diskriminierung unter Rückgriff auf die US-amerikanische »disparate impact«-Theorie entwickelt.²⁹⁵ Den Ausgangspunkt der Rechtsprechung des EuGH bildete das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das in den Grundfreiheiten seinen besonderen Ausdruck gefunden hat. Erfasst werden nicht nur Maßnahmen, welche die Ungleichbehandlung ausdrücklich an das Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpfen (unmittelbare bzw. offene Diskriminierung),²⁹⁶ sondern auch solche, die zwar auf ein anderes Unterscheidungsmerkmal wie z.B. den Wohnsitz, den Herkunftsort oder die Muttersprache abstellen, faktisch aber die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten

²⁹⁰ So Sacksofsky (Fn. 16), 361f., die Art. 3 Abs. 2 GG nicht als Differenzierungs-, sondern als Dominierungsverbot auslegt.

²⁹¹ Fuchsloch (Fn. 269), 133ff.; G. Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994, 58ff.

²⁹² Bieback (Fn. 269), 43f.; Peters (Fn. 230), 155ff.; Huster (Fn. 207), 313ff.

²⁹³ In der Entscheidung BVerfGE 121, 241, die eine Geschlechterdiskriminierung zum Gegenstand hat, bestimmt das Gericht den Begriff der mittelbaren Diskriminierung gleichwohl nicht anhand eines bestimmten Differenzierungsmerkmals. Vielmehr nimmt es das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung an, wenn »der sachliche Anknüpfungspunkt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft, oder die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist«. Aufgrund dieser weiten Definition erscheint die Anwendung der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung auf andere verbotene Differenzierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG folgerichtig. Für eine Verortung in Art. 3 Abs. 3 GG und eine Ausdehnung auf alle dort genannten Merkmale auch Fehling (Fn. 272), 13.

²⁹⁴ Aus der Literatur Tobler, 99ff.; Görlitz (Fn. 211), 102ff.

²⁹⁵ U.S. Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 429 (1971); Verweis darauf z.B. in EuGH Rs. C-96/80, Slg. 1981, 911 (937) – *Jenkins*, Schlussanträge des GA Warner. Title VII des Civil Rights Acts schützt auch vor merkmalsneutralen Praktiken und Verfahren, die einen überproportional negativen Effekt auf eine geschützte Gruppe haben. Wenn ein betroffener Arbeitnehmer vor allem mittels Statistiken einen »disparate impact« nachgewiesen hat, muss der Arbeitgeber beweisen, dass die angegriffene Praxis oder Regelung in vernünftiger Beziehung zur beruflichen Tätigkeit steht (Rechtfertigungslast und Beweislastregel). »Disparate impact« gilt nur im privaten Arbeitsrecht, nicht aber auf Verfassungsebene im Rahmen der Equal Protection Clause als Diskriminierung. Dazu näher Peters, Women, Quotas and Constitutions (Fn. 226), 87–93 und 251f. Am 29.06. 2009 erließ der Supreme Court in *Ricci v. DeStefano* (129 S.Ct 2658) ein weiteres Leiturteil zu Title VII des Civil Rights Acts, in dem er eine intendierte Ungleichbehandlung (disparate treatment discrimination) weißer Feuerwehrleute zur Abwendung einer Klage wegen mittelbarer Diskriminierung (disparate impact liability) schwarzer Feuerwehrleute als nicht gerechtfertigt ansah. Zur Entstehungsgeschichte des Titel VII S. Carle, A New Look at the History of Title VII Disparate Impact Doctrine, FLR 63 (2011), 251.

²⁹⁶ Die Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf mittelbare Diskriminierungen hielt der EuGH für erforderlich, um dessen volle Wirksamkeit (»effet utile«) zu gewährleisten und eine Umgehung zu verhindern. So z.B. EuGH Rs. C-172/98, Slg. 1999, I-3999, Rn. 13f. – *Kommission/Belgien*; Rs. C-203/98, Slg. 1999, I-4899, Rn. 11ff. – *Kommission/Belgien*.

besonders benachteiligen (mittelbare bzw. versteckte Diskriminierung).²⁹⁷ Im Bereich der Grundfreiheiten reicht es für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung bereits aus, dass die angegriffene Vorschrift geeignet ist, sich eher auf EU-Ausländer als auf Inländer nachteilig auszuwirken. Ein statistischer Nachweis ist nicht erforderlich.²⁹⁸ Während unmittelbare Diskriminierungen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur aus den im AEUV ausdrücklich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt werden können, genügen für den Ausschluss bzw. die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ein sachlicher Grund und Verhältnismäßigkeit.²⁹⁹

Erstmals ausdrückliche Erwähnung in einem Rechtsakt fand die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung in der Richtlinie 76/207/EWG im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht.³⁰⁰ Im Bereich der **Gleichstellung von Frauen und Männern** im Arbeitsleben spielte sie seit Mitte der 1980er Jahre eine wichtige Rolle in der Rechtsprechung des EuGH.³⁰¹ Häufig ging es um die Frage, ob der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten, bei denen es sich ganz überwiegend um Frauen handelte, von betrieblichen Vergünstigungen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Lohngleichheit gemäß Art. 157 AEUV darstellt. Der EuGH sah die mittelbare Diskriminierung durch eine Maßnahme als gegeben an, die »wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, dass diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben«. ³⁰² Letzteres muss der Arbeitgeber beweisen (Beweislastum-

²⁹⁷ St. Rspr. seit EuGH Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 11 – *Sotgiu*; vgl. dazu D. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, 222f.

²⁹⁸ EuGH Rs. C-278/94, Slg. 1996, I-4307, Rn. 20 – *Kommission/Belgien*.

²⁹⁹ *Tobler*, 253ff. m.w.N.

³⁰⁰ Art. 2 Abs. 1 der RL 76/207/EWG des Rates v. 09.02. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG 1976, L 039, lautet: »Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.«

³⁰¹ Vgl. aus der umfangreichen Literatur H. Pfarr, Die mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben – Chancen eines neuen Rechtsinstituts, in: U. Gerhard/J. Limbach (Hrsg.), Rechtsalltag von Frauen, 1988, 33; C. Langenfeld, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990; S. Prechal/N. Burrows, Gender Discrimination Law of the European Community, 1990; E. Ellis, European Community Sex Equality Law, 1991; C. Blomeyer, Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 119 EGV, 1994; S. Rating, Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach europäischem Gemeinschaftsrecht, 1994; M. Meyer, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, 2002, 92ff.; *Tobler*, 101ff.; A. Masselot, The State of Gender Equality in the European Union, ELJ 2007, 152; U. Sacksofsky, Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Expertise für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, 4.

³⁰² EuGH Rs. 170/84, Slg. 1986, 1607, Rn. 31 – *Bilka*; zuvor bereits angedeutet in EuGH Rs. 96/80, Slg. 1981, 911, Rn. 13 – *Jenkins*. Die hier aufgestellten Voraussetzungen knüpfen an die Rspr. amerikanischer und britischer Gerichte zur mittelbaren Diskriminierung wegen der Rasse und des Geschlechts an. Dazu Wisskirchen (Fn. 291), 29ff.; Bieback (Fn. 269), 20ff.; Schiek, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 297), 232ff. Nach der Rspr. des EuGH genügt für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung allein der Umstand, dass ein Geschlecht faktisch wesentlich häufiger betroffen ist, nicht; auch die Vergleichbarkeit muss als Voraussetzung gegeben sein, EuGH Rs. C-342/93, Slg. 1996, 475, Rn. 16f. – *Gillespie*; EuGH Rs. C-218/98, Slg. 1999, 5723, Rn. 16 – *Abdoulaye*; vgl. Schlussanträ-

kehr).³⁰³ Anders als im Bereich der Grundfreiheiten musste nach der Rspr. der Nachweis einer überproportionalen Ungleichbehandlung in der Regel anhand statistischer Daten erbracht werden, deren Überprüfung dem nationalen Gericht oblag.³⁰⁴ Inzwischen enthalten die vier »Antidiskriminierungsrichtlinien« eine Legaldefinition des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung, der die Möglichkeit einer Benachteiligung ausreichen lässt und auf einen statistischen Nachweis verzichtet.³⁰⁵

ge GA *Jääskinen* EuGH Rs. C-572/10, Rn. 46 ff. – *Amedee* (Tatbestands-, nicht Rechtfertigungsebene; vgl. für den EGMR → Rn. 121 ff.)

³⁰³ Vgl. *Langenfeld* (Fn. 301), 234 ff.; *Traupe* (Fn. 271), 128 ff. Im *Danfoss*-Urteil, EuGH Rs. 109/88, Slg. 1989, 3199, Rn. 17 ff., stellte der EuGH z. B. fest, dass Kriterien für Zulagen zum Grundgehalt wie Flexibilität oder Berufsausbildung, die Frauen systematisch benachteiligten, vom Arbeitgeber gerechtfertigt werden könnten, wenn dieser darlege, dass die genannten Kriterien für die Ausführung der dem Arbeitnehmer zugewiesenen spezifischen Aufgabe von Bedeutung seien. Das Kriterium der Anciennität brauche er hingegen nicht besonders zu rechtfertigen, weil diese mit der Berufserfahrung einhergehe, welche den Arbeitnehmer im Allgemeinen befähige, seine Arbeit besser zu verrichten. Handelt es sich um eine staatliche Maßnahme, so muss der betreffende Mitgliedstaat darlegen, dass sie einem legitimen Ziel der Sozialpolitik diene und verhältnismäßig ist, so z. B. EuGH Rs. C-167/97, Slg. 1999, I-623, Rn. 69 – *Seymour-Smith u. Perez*. Die Rspr. des EuGH zur Beweislast ist in die Richtlinie 97/80/EG des Rates v. 15. 12. 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. EG 1998 L 14/6, eingegangen. Die EU-Antidiskriminierungsrichtlinien beinhalten grundsätzlich keinen Informations- oder Einsichtnahmeanspruch eines abgelehnten Bewerbers bzgl. der Mitbewerber/innen; allerdings darf das Verhalten des Arbeitgebers den Nichtdiskriminierungsanspruch des Klägers auch nicht praktisch unwirksam machen, EuGH Rs. C-104/10, 27. 1. 2011, Rn. 34 ff. – *Kelly*; Rs. C-415/10, 19. 4. 2012, Rn. 39 ff. – *Meister*.

³⁰⁴ EuGH Rs. C-167/97, Slg. 1999, I-623, Rn. 60 ff. – *Seymour-Smith u. Perez*; vgl. zu einem Vergleich der Rspr. des EuGH zur mittelbaren Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und wegen des Geschlechts *Fuchsloch* (Fn. 269), 49 ff., die zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich trotz einiger Unterschiede im Detail um ein einheitliches Rechtsinstitut handelt.

³⁰⁵ Vgl. jeweils Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 L 180/22, der Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 L 303/16, sowie jeweils Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/113/EG des Rates v. 13. 12. 2004 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG 2004 L 373/37, und der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5. 7. 2006 zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Gleichbehandlungsrichtlinie), ABl. EG 2006 L 204/23. Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. b der Gleichbehandlungsrichtlinie liegt z. B. eine mittelbare Diskriminierung vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich«. Zum Diskriminierungsbegriff der Richtlinien vgl. A. Wesseling, Die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien zwischen Privatautonomie und Gleichheitsgrundsatz, 2009, 16. Der EuGH zieht aber weiterhin statistische Daten heran und bezeichnet die Prozentsätze der beiden zu vergleichenden Gruppen als »erstes Indiz« mit erheblichem Gewicht und als »unverzichtbaren Bestandteil der Prüfung«, vgl. EuGH, Rs. C-123/10, 20. 10. 2011, Rn. 60 ff. – *Brachner*. Kritisch zum Verzicht auf statistische Nachweise durch das BAG K. Adomeit/J. Mohr, Die mittelbare Diskriminierung als Instrument überindividueller Verhaltenssteuerung – zugleich Besprechung von BAG 6 AZR 966/08 v. 22. 4. 2010, RdA 2011, 102. Zur Heranziehung von Statistiken durch den EGMR und andere internationale und supranationale Gerichte *Altwickler*, 289 ff.

Im Bereich der **internationalen Menschenrechtsverträge** ist die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung zwar mittlerweile anerkannt,³⁰⁶ hat aber in den Entscheidungen der Vertragsausschüsse bisher keine nennenswerte Rolle gespielt. Der UN-Menschenrechtsausschuss hatte 1989 über einen Fall zu entscheiden, in dem sich ein in Kanada lebender Sikh aus religiösen Gründen geweigert hatte, an seiner Arbeitsstätte den gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitshelm zu tragen. Der Ausschuss hielt die Beschwerde für unbegründet, weil die Vorschrift, selbst wenn sie faktisch Arbeitnehmer, die der Religion der Sikhs angehörten, benachteiligte, vernünftig (reasonable) war und einem objektiven Zweck, nämlich dem Schutz der Arbeitnehmer, diente.³⁰⁷ Der **Frauendiskriminierungsausschuss** der CEDAW hob in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 (1992) hervor, dass die Vertragsstaaten gemäß Art. 2 und 3 der Konvention verpflichtet sind, jegliche Form der Diskriminierung von Frauen zu beseitigen. Diese Formulierung erfasst neben der unmittelbaren auch die mittelbare Diskriminierung.³⁰⁸ Der **Rassendiskriminierungsausschuss** der CERD sieht die mittelbare Diskriminierung ebenfalls als von der Definition in Art. 1 Abs. 1 der Konvention umfasst an.³⁰⁹

82

c) Würdigung

Spätestens mit dem Eingang in die Rechtsprechung des EGMR hat sich die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung europaweit etabliert. Diese Entwicklung ist zu be-

83

³⁰⁶ Vgl. für einen Überblick C. Tobler, Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, 2008, 13ff.; N. Althoff, Diskriminierungsschutz aus den Menschenrechten, AnwBl. 2011, 482 (483).

³⁰⁷ Menschenrechtsausschuss, Mitteilung No. 208/1986, ILR 96 (1989), 660 (666) – *Bhinder v. Kanada*. Hier handelte es sich aber streng genommen nicht um einen Fall der mittelbaren Diskriminierung, sondern um eine ungerechtfertigte pauschale Gleichbehandlung (*Thlimmenos*-Konstellation), siehe zur Abgrenzung Rn. 56. Vgl. auch No. 998/2001 – *Althammer v. Österreich* (2003), UN Doc. CCPR/C/78/D/998/2001, §§ 10.2ff.; No. 976/2001 – *Derksen v. Niederlande* (2004), UN Doc. CCPR/C/80/D/976/2001, §§ 9.3ff. Eine Definition des Begriffs der Diskriminierung findet sich in den General Comments No. 18 (1989) u. No. 28 (2000), in: UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 195ff. bzw. 228ff. Seit dem 2. Juli 2009 findet sich auch in dem General Comment No. 20 zu Art. 2 Abs. 2 des IPwskR eine Definition der mittelbaren Diskriminierung, in: UN Doc. E/C.12/GC/20 § 10 (b).

³⁰⁸ General Recommendation No. 19 zur Gewalt gegen Frauen (1992), in: UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) 313, § 10. Auch in neueren Empfehlungen geht der CEDAW-Ausschuss von einem Verbot mittelbarer Diskriminierungen aus, vgl. General Recommendation No. 26 zu Wanderarbeiterinnen (2008), UN Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R, § 26 (a) und (e). Im Individualbeschwerdeverfahren des CEDAW-Ausschusses wurde bisher nur in einer *dissenting opinion* eine mittelbare Diskriminierung angesprochen, vgl. Communication No. 3/2004 – *Nguyen v. Niederlande* (2006), UN Doc. CEDAW/A/61/38, §§ 10.5f. In *Opuz* zitierte der EGMR die Position des CEDAW und bejahte eine Diskriminierung durch mangelnden gesetzlichen und gerichtlichen Schutz von Frauen vor häuslicher Gewalt, EGMR No. 33401/02, §§ 184–202 – *Opuz* (2009).

³⁰⁹ Vgl. die General Recommendations No. 14 zu Art. 1 Abs. 1 (1993) sowie No. 20 zu Art. 5 (1996), in: UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 279ff. bzw. 281ff. In der General Recommendation No. 14, § 2, heißt es: »In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it [the Committee] will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin«. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wurde in neueren Empfehlungen des CERD-Ausschusses ausdrücklich bestätigt, vgl. General Recommendation No. 30 zu Ausländern (2004), § 7, sowie No. 31 zum Strafverfahren (2005), §§ 4 (b), 5 (a), in: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 301ff. bzw. 306ff.

grüßen, weil das Konzept der mittelbaren Diskriminierung über die formale Gleichbehandlung hinausgeht und dazu beiträgt, **strukturelle, sich in der Rechtswirklichkeit auswirkende Diskriminierungen aufzudecken und abzubauen**. Allerdings ist zu bedenken, dass die Verbindung des individuellen (Abwehr-)Rechts auf Nichtdiskriminierung mit dem gruppenbezogenen Ansatz der faktischen Benachteiligung bestimmter Gruppen Schwierigkeiten bei der rechtlichen Beurteilung verursacht.³¹⁰ Unklarheiten zum Begriff und zur Abgrenzung³¹¹ der mittelbaren Diskriminierung müssen beseitigt werden, die Voraussetzungen³¹² und die dogmatische Struktur³¹³, die Kontrolldichte bei den Rechtfertigungsgründen³¹⁴ und die Rechtsfolgen einer festgestellten mittelbaren Diskriminierung bedürfen weiterer dogmatischer Durchdringung³¹⁵.

III. »Gewährleisten«

- 84 Art. 14 EMRK enthält primär einen Individualanspruch auf rechtsgleiche, **»formale« Gleichbehandlung**. Wegen der unterschiedlichen natürlichen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen Ausstattung der Individuen und Gruppen in einer Rechtsordnung reicht aber die rechtsgleiche Behandlung unter Umständen nicht aus, um eine faire Verteilung sozialer Güter oder auch nur Chancen zu sichern.³¹⁶ Deshalb geht der verbindliche Auftrag, den Genuss von Rechten zu **»gewährleisten«** (*»secured«/»doit être assurée«*), **über eine rein negative Verpflichtung hinaus**.³¹⁷ Somit kann das Diskriminierungsverbot auch durch staatliches Unterlassen verletzt werden (**»passive Diskriminierung«**).

³¹⁰ Kritisch z. B. S. Fredman, Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality, in: S. Fredman (Hrsg.), *Discrimination and Human Rights*, 2001, 9 (24f.).

³¹¹ Vgl. zum Verhältnis verschiedener Konzepte des Nichtdiskriminierungsrechts zur mittelbaren Diskriminierung im EU-Recht Tobler (Fn. 306), 54ff.

³¹² Zum Kausalitätserfordernis R. Rebhahn/C. Kietaibl, *Mittelbare Diskriminierung und Kausalität*, Rechtswissenschaft 2010, 373.

³¹³ Beispielsweise ist unklar, ob die objektive Begründbarkeit der negativen Auswirkungen einer Maßnahme den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung ausschließt, eine Kausalitätsfrage ist oder eine Rechtfertigung darstellt. Vgl. hierzu im EU-Recht Tobler, 253ff.

³¹⁴ Regelmäßig verlangt die Rechtsprechung nur objektive oder sachliche Gründe. Die leichtere Rechtfertigbarkeit der mittelbaren Diskriminierung könnte mit dem geringeren Unrechtsgehalt dieser Diskriminierungsform erklärt werden. Die Handelnden haben gerade nicht anhand eines sensiblen Merkmals differenziert und sind sich der diskriminierenden Wirkungen ihrer Maßnahme oft nicht bewusst. Allerdings ist fraglich, ob aus Sicht der Betroffenen die mittelbare Diskriminierung wirklich weniger schwer wiegt als die unmittelbare.

³¹⁵ Vgl. für einen Überblick über die dogmatischen Probleme Sacksofsky (Fn. 295), 17ff.

³¹⁶ Ein Beispiel ist die gleichmäßige Verweigerung von Rundfunklizenzen. Wenn einer der betroffenen Sender spezielle Programme für eine Sprachminderheit senden will, sind Angehörige dieser Minderheit von der Verweigerung in besonderer Weise nachteilig betroffen. Vgl. EKMR No. 10746/84, DR 49, 126 (141f.) – *Verein Alternatives Lokalradio Bern (Pl.)*. Die Kommission hielt hier die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 10 i. V. m. 14 EMRK für offensichtlich unbegründet.

³¹⁷ Zu Art. 14 EMRK: EKMR No. 1474/62 u. a., B 3, § 400 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*. Der Wortlaut des Art. 1 ZP 12 ist insofern identisch.

1. Anspruch auf diskriminierungsfreie Teilhabe

In der Akzessorietät des Diskriminierungsverbots ist ein Ausschluss der leistungsstaatlichen Dimension angelegt. Dieser wird jedoch durch die weite Auffassung vom »ambit« der Freiheitsrechte für die Zwecke der Anwendung von Art. 14 EMRK abgemildert (→ Rn. 42). Insbesondere hat die neuere Rechtsprechung das Diskriminierungsverbot weit in Richtung eines sozialen Teilhabeanspruchs ausgedehnt und damit die Beschränkung der EMRK auf die liberalen Rechte überwunden.³¹⁸ In zahlreichen Entscheidungen, die insbesondere das Vereinigte Königreich betrafen, wurde Art. 14 EMRK in Verbindung mit einem weit verstandenen Eigentumsrecht aus Art. 1 ZP³¹⁹ oder in Verbindung mit Art. 8 EMRK auf öffentlich-rechtliche Ansprüche, einschließlich diverser Sozialleistungen (Altersversorgung, Kindergeld,³²⁰ Arbeitslosengeld, Behindertenrenten, Prozesskostenhilfe u. ä.) angewendet.³²¹ Damit wurde das Diskriminierungsverbot prinzipiell als Hebel für sozialen Ausgleich einsetzbar.³²² Allerdings wird in diesen Sozialleistungsfällen die Rechtfertigungsanforderung auf eine bloße Willkürkontrolle heruntergeschraubt (→ Rn. 218) und den Staaten ein besonders weiter Einschätzungsspielraum gewährt (→ Rn. 231 ff.). Im Ergebnis verneint der EGMR deshalb im Bereich der Sozialleistungen oft eine Konventionsverletzung.³²³

Der EGMR hat außerdem ein »Wenn-dann-Schema« entwickelt für staatliche Leistungen, zu deren Gewähr die Konvention die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, für die also an sich kein Anspruch aus einem Freiheitsrecht besteht.³²⁴ Wenn sich der Staat

³¹⁸ Zur Teilhabegewährleistungspflicht aus Art. 14 *Altwickler*, 356 ff. Allgemein A. Schmidt, Europäische Menschenrechtskonvention und Sozialrecht, 2003.

³¹⁹ EGMR No. 36042/97, Rep. 2002-IV, § 36 – Willis bezeichnet Sozialleistungen als »sufficient pecuniary right« i. S. v. Art. 1 ZP; so auch EGMR No. 29137/06, § 27 – *Si Amer* (2009). Siehe demgegenüber für die Nichttrügbarkeit der Ungleichbehandlung bei Sozialleistungen noch EKMR No. 8542/79, DR 27, 94, §§ 8, 12–14 – *Godfrey*.

³²⁰ EGMR No. 58453/00 – *Niedzwiecki* (2005) u. No. 59140/00 – *Okpiz* (2005) zum Kindergeld. Das BVerfG hatte die restriktive Revision des Bundeskindergeldgesetzes bereits zuvor als Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG beurteilt, BVerfGE 111, 160.

³²¹ Fälle *festgestellter Diskriminierung*: No. 36042/97, Rep. 2002-IV, § 39 – (2002): Sozialleistungen für Witwen, nicht für Witwer; No. 36541/97 – *Bucheò* (2003): Pension für ehemalige Militärrichter; EGMR No. 40892/98, Rep. 2003-X – *Koua Poirrez*: Sozialleistungen für Behinderte; No. 23960/02 – *Zeman* (2006): Versorgungsgeld für Witwer; Nos. 42949/98 u. 53134/99 – *Rumkee u. White* (2007): Witwenpension und Witwenleistungen; No. 77782/01 – *Luczak* (2007): Sozialversicherung für Bauern; No. 55707/00, Rep. 2009 – *Andrejeva* (GK): Rentenleistung; No. 45413/07 – *Anakomba Yula* (2009): Prozesskostenhilfe; No. 3976/05 – *Şerife Yiğit* (GK) (2010): Sozialleistungen für Witwen; No. 37452/02, Rep. 2011 – *Stummer* (GK): Altersversorgung für Gefangene; No. 5632/07 – *Bah* (2011): Sozialwohnung. Zum Kindergeld Fn. 320.

³²² Kritisch zur dieser Rechtsprechungslinie Richter *Borrego Borrego*: Diese setze *de facto* das ZP 12 per Richterrecht in Kraft, das vom beklagten Staat (UK) noch nicht einmal unterzeichnet wurde (EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-IV – *Stec u. a.* [GK] (2006), Annex, 21).

³²³ In folgenden Urteilen zum UK wurde *keine Verletzung* von Art. 14 i. V. m. Art. 1 ZP festgestellt: EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 66 – *Stec u. a.* (GK) (unterschiedliches Pensionsalter für Frauen und Männer und daran geknüpfte Arbeitsunfähigkeitsentschädigung); No. 42735/02 – *Barrow* (2006): Sozialleistungen für arbeitsunfähige Menschen, sog. long-term incapacity benefit; No. 8374/03 – *Pearson* (2006): Rente; No. 37212/02, § 39 – *Walker* (2006): Altersversicherungsbeiträge; No. 42184/05, Rep. 2010 – *Carson u. a.* (GK): Rente. Siehe ferner EGMR No. 39802/98 – *L. B. v. Österreich* (Zul.) (2002) zu freiwilligen Zahlungen in das Sozialversicherungssystem.

³²⁴ EGMR No. 23960/02, § 34 – *Zeman* (2006); Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 53 – *Stec u. a.* (GK): Art. 1 ZP gewährt kein Recht auf den *Erwerb* von Eigentum. Wenn aber der Staat sich

freiwillig zu einer solchen (unmittelbar oder mittelbar finanzwirksamen) Leistung entschließt, dann muss er sie diskriminierungsfrei gewähren.³²⁵ Dies hielt der Gerichtshof bereits im Grundsatzurteil zu Art. 14 EMRK im belgischen Sprachenstreit fest: Das Recht auf Bildung (Art. 2 ZP) gewährt keinen individuellen Anspruch auf Einrichtung einer bestimmten Bildungsstätte. Wenn der Staat jedoch eine solche errichtet hat, darf er keine diskriminierenden Zugangsvoraussetzungen aufstellen.³²⁶ Weitere Beispiele mit leistungsstaatlichem Bezug (im weiteren Sinne): Art. 11 EMRK gewährt Gewerkschaften keinen Anspruch auf Anhörung. Sobald aber ein Konsultationssystem eingerichtet wird, ist in diesem Rahmen das Diskriminierungsverbot zu beachten.³²⁷ Ebenso wenig gewährt die Koalitionsfreiheit aus Art. 11 EMRK den Gewerkschaftsmitgliedern Anspruch auf staatliche Vergünstigungen; wenn solche jedoch gezahlt werden, dann darf der Staat hierbei nicht diskriminieren.³²⁸ Art. 6 EMRK gewährt kein Recht auf eine zweite Gerichtsstanz. Wenn aber ein Staat Berufungsgerichte einsetzt, muss er den Zugang zu diesen diskriminierungsfrei gewähren.³²⁹ Art. 8 EMRK gewährt keinen Anspruch auf Einreise, wenn aber der Staat die Einreise gewährt, dann muss er das in nichtdiskriminierender Weise tun.³³⁰ Art. 8 EMRK legt den Vertragsstaaten keine positive Verpflichtung zur finanziellen Unterstützung von Eltern auf; wenn der Staat aber Elternurlaub bezahlt, dann darf er dabei Männer nicht diskriminieren.³³¹ Art. 8 EMRK gewährt auch keine Adoptionsfreiheit, jedoch in Verbindung mit Art. 14 EMRK Anspruch auf nichtdiskriminierende Bescheidung von Adoptionsanträgen.³³² Art. 1 ZP gewährt keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Wenn aber der Staat sie gewährt (im entschiedenen Fall Notstandshilfe nach österreichischem Recht), dann darf er Ausländer nicht diskriminieren.³³³ Im Ergebnis hat damit Art. 14 EMRK einen »Sozialisierungseffekt« für die EMRK erbracht,³³⁴ und das Diskriminierungsverbot hat in diesem Kontext den deutlichsten Mehrwert gegenüber dem Schutz durch Freiheitsrechte entfaltet. Kritisch ist hierzu angemerkt worden, diese Rechtsprechung berge die Gefahr, in eine »Folgerichtigkeitsfalle« zu laufen, in welcher den Mitgliedstaaten letztlich die Freiheit der Politikwahl genommen werde.³³⁵

entschließt, ein Bonus- oder Pensionssystem einzurichten, dann muss er es in einer Weise tun, die mit Art. 14 EMRK vereinbar ist. No. 42184/05, Rep. 2010, § 64 – *Carson u. a. (GK)*. Zum »Wenn-Dann-Schema« nach dem GG: *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 53.

³²⁵ EGMR No. 55707/00, Rep. 2009, §§ 74, 79 – *Andrejeva (GK)*; Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, § 39 – *Sejdić u. Finci (GK)*; No. 37452/02, Rep. 2011, §§ 81, 83 – *Stummer (GK)*; No. 5335/05, § 53 – *Ponomaryovi (2011)*; No. 5632/07, § 40 – *Bah (2011)*.

³²⁶ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 9 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*.

³²⁷ EGMR No. 4464/70, A 19, § 45 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)*.

³²⁸ EGMR No. 5589/72, A 21, § 39 – *Schmidt u. Dahlström*.

³²⁹ Beispiel des Gerichtshofs, genannt in EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, 74 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*.

³³⁰ EGMR No. 9214/80 u. a., A 94, § 82 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*.

³³¹ EGMR No. 20458/92, Rep. 1998-II, §§ 30 ff. – *Petrovic*. Im konkreten Fall wurde eine Diskriminierung des beschwerdeführenden Vaters verneint, weil den Vertragsstaaten in dieser Materie ein großer Einschätzungsspielraum zustehe.

³³² EGMR No. 36515/97, Rep. 2002-I, § 32 – *Fretté*.

³³³ EGMR No. 17371/90, Rep. 1996-IV, §§ 36 ff. – *Gaygusuz*.

³³⁴ *Willem/van Hoof*, in: Van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, 1051; vgl. auch *Bossuyt*, in: Pettiti/Deaux/Imbert, 480.

³³⁵ *H. Sauer* in: Karpenstein/Mayer, Art. 14 Rn. 43.

Das »Wenn-dann-Schema« des EGMR entspricht der Konstruktion des **derivativen Teilhaberechts in der Rechtsprechung des BVerfG**.³³⁶ Im Recht der EU eröffnet das allgemeine Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV → Rn. 29) den gleichberechtigten **Zugang** der Unionsbürger zu den mitgliedstaatlichen **sozialen Sicherungssystemen**.³³⁷ Das Diskriminierungsverbot fungiert damit auch hier als soziales Teilhaberecht.³³⁸ 87

2. Schutzpflicht gegenüber privater Diskriminierung

Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 12 statuieren primär die negative Verpflichtung, Individuen nicht von Staats wegen zu diskriminieren.³³⁹ Jedoch können aus der bereits genannten Gewährleistungspflicht (»secure«) von Art. 14 EMRK und Art. 1 Abs. 1 ZP 12 (→ Rn. 84) einzelne **positive Pflichten** zum Schutz vor Diskriminierung durch Private fließen,³⁴⁰ insbesondere wenn die staatliche Rechtsordnung diesbezüglich strukturell defizitär ist. In dieser Situation muss geprüft werden, ob im Regelungsbereich eines Freiheitsrechts das Interesse einer Person an Nichtdiskriminierung von privater Seite durch staatliches Unterlassen beeinträchtigt und dadurch Art. 14 EMRK verletzt wird. Der Schutzanspruch aus Art. 14 kann prinzipiell an alle drei Staatsgewalten adressiert sein und ist auf präventive und repressive Maßnahmen gerichtet. Der Staat ist zu den nach den konkreten Umständen angemessenen Maßnahmen zum Schutz vor diskriminierenden Praktiken verpflichtet und muss dabei das Untermaßverbot beachten. Der Staat kann im Extremfall sogar verpflichtet sein, Rechtslücken, aus denen Diskriminierung resultieren kann, zu schließen.³⁴¹ Beispielsweise verletzte im Fall *Opuz* die »globale Nichtresponsivität des Justizsystems« in der Türkei gegenüber häuslicher Gewalt sowie die »allgemeine und diskriminierende richterliche Passivität« das Diskriminierungsverbot.³⁴² In *Danilenkov* verletzte Russland dadurch Art. 14 i. V. m. Art. 11 EMRK, dass es keinen effektiven Rechtsschutz gegen die Schlechterstellung von Ge- 88

³³⁶ BVerfGE 33, 303 (331 f.) – *Numerus clausus*: Derivatives Teilhaberecht an Universitätsstudienplätzen aus »Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot« (Zitat 332); 96, 288 (304–306) mit Konstruktion des Benachteiligungsverbots für Behinderte als derivatives Teilhaberecht.

³³⁷ EuGH Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691, Rn. 57, 62 – *María Martínez Sala*; Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 125 – *Grzelczyk v. CPAS*.

³³⁸ Ehlers, in: Ehlers, § 7 Rn. 34.

³³⁹ So zu Art. 1 ZP 12 der Expl. Rep., Rn. 25.

³⁴⁰ In puncto Schutzpflichten ist das Diskriminierungsverbot der EMRK strukturgleich zu den Freiheitsrechten. In Bezug auf jene (insb. Art. 2 und Art. 8 EMRK) war das Schutzpflichtenkonzept vom EGMR entwickelt worden (→ *Funktionen von Grund- und Menschenrechten*, Kap. 6 Rn. 24 ff.). Es ist eine Konsequenz der Konstruktion der EMRK als »constitutional instrument«/objektive Ordnung (→ *Funktionen von Grund- und Menschenrechten*, Kap. 6 Rn. 30). Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 14 EMRK bzw. Art. 1 ZP 12 bezieht sich allerdings stets auf den Schutz vor Diskriminierung durch Private, weil andere Beeinträchtigungen (etwa Naturgefahren oder Krankheit) *per se* keine Diskriminierung, die ein zwischenmenschliches Verhältnis voraussetzt, beinhalten können. Die Schutzpflicht wurde in der älteren deutschen Dogmatik als mittelbare Drittwirkung der Konventionsgarantien bezeichnet (→ Rn. 115). Siehe zu Schutzpflichten aus Art. 14 weiterführend *Altwickler*, 316 ff.; zu Art. 1 ZP 12 der Expl. Rep., Rn. 26–28.

³⁴¹ EGMR No. 12849/87, A 214-C, §§ 25, 28 – *Vermeire*. Allerdings ist kein allgemeines subjektives Recht auf Normenerlass aus dem Diskriminierungsverbot der EMRK ableitbar (*Altwickler*, 335).

³⁴² EGMR No. 33401/02, § 202 – *Opuz* (2009).

werkschaftsmitgliedern durch einen Arbeitgeber gewährte.³⁴³ Im Fall *Gldani* verletzte das Nichteinschreiten der Polizei bei Gewaltakten gegen Zeugen Jehovas von Seiten einer Gruppe Orthodoxer und die spätere völlige behördliche Gleichgültigkeit gegenüber den Bf. das Diskriminierungsverbot.³⁴⁴ Der EGMR stellte hier unter anderem darauf ab, dass die Passivität der Behörden es einem ehemaligen Priester ermöglichte, religiös motivierte Gewalt weiterhin zu propagieren, was in der Zivilgesellschaft den Eindruck der Komplizenschaft des Staates erweckte.³⁴⁵

89 Eine besondere Schutzpflichtkonstellation liegt vor, wenn die staatlichen Behörden und Gerichte mit einem **mehrpolygonen Grundrechtsverhältnis** konfrontiert sind, in dem sie eine Abwägung zwischen der grundrechtsgeschützten Freiheit einer privaten Partei, willkürlich zu handeln (Ausfluss der Privatautonomie nach Art. 8 EMRK) und dem Anspruch auf Nichtdiskriminierung andererseits vornehmen müssen.³⁴⁶ Diese Abwägung wird je nach betroffener Sphäre unterschiedlich ausfallen.³⁴⁷ Im engsten Privatbereich (Wahl des Ehepartners oder Einladung zu einer privaten Feier) dürfen Private willkürlich entscheiden und es besteht keine staatliche Schutzpflicht. Im erweiterten Privatbereich (Mitgliedschaft in einem privaten Verein, Verkauf eines PKW durch einen Privaten, Zurschaustellen eindeutig diskriminierender Symbolik in einem privaten, aber allgemein einsehbaren Garten u. ä.) wiegt die private Willkürfreiheit schwer. In der quasi-öffentlichen Sphäre, also den Bereichen des privaten Lebens, die einen Bezug zur Öffentlichkeit aufweisen und rechtlich reguliert werden (Zugang zum privaten Arbeits- oder Wohnungsmarkt, Zutritt zu Restaurants und öffentlichen Darbietungen oder Versorgung mit Wasser und Strom) überwiegt regelmäßig das Interesse an Nichtdiskriminierung.

90 Wenn **staatliche Gerichte** in solchen mehrpolygonen Verhältnissen im Rahmen der Auslegung von Gesetzen oder privaten Rechtsgeschäften eine **Interessenabwägung** treffen, nimmt der EGMR nur eine lockere Kontrolle vor und prüft, ob deren Auslegung » unvernünftig, willkürlich oder in schreiendem Gegensatz zum Diskriminierungsverbot des Art. 14« steht.³⁴⁸ *Tilmann Altwicker* bezeichnet dies als nur scheinbare Schutzpflichtkonstellation, weil die Beeinträchtigung nicht unmittelbar auf das

³⁴³ EGMR No. 67336/01, § 136 – *Danilenkov u. a.* (2009): »the State failed to fulfil its positive obligations to adopt effective and clear judicial protection against discrimination on the ground of trade union membership.« In diesem Fall war allerdings kontrovers, ob der Arbeitgeber, eine Hafengesellschaft, privat war oder unter staatlicher Kontrolle stand. Der EGMR ließ dies explizit offen, da in jedem Fall eine staatliche Schutzpflicht bestehe (§ 120).

³⁴⁴ EGMR No. 71156/01, §§ 138–142 – *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and Others* (2007).

³⁴⁵ *Ibid.*, § 141.

³⁴⁶ Siehe EGMR No. 40016/98 – *Karner* (2003) (gerichtliche Auslegung des österr. Mietrechtsgesetzes zu Lasten von gleichgeschlechtlichen Mitbewohnern); No. 64927/01 – *Palau-Martinez* (2003) u. No. 37614/02 – *Ismailova* (2007) (diskriminierende Zuteilung des Sorgerechts).

³⁴⁷ Siehe für diese Sphärentheorie *Altwicker*, 331ff. Weitere Abwägungsleitlinien bei Jestaedt in *Jestaedt/Brütz* (Fn. 426), 346–349.

³⁴⁸ EGMR No. 16574/08, § 58 – *Fabris* (2011) (GK hängig im Sept. 2012) in einem Erbstreit zwischen ehelichen und dem nichtehelich geborenen Bf. EGMR No. 69498/01 Rep. 2004-VIII – *Pla u. Puncernau* führte aus, die Gerichte treffe eine positive Pflicht, das Familienleben in nicht diskriminierender Weise zu schützen, und nahm eine positive Pflicht der staatlichen Gerichte zur dynamischen Auslegung eines Testaments (im Lichte der gesellschaftlichen Realität in Bezug auf Familien) an (§§ 43, 62).

Handeln des Privaten zurückgeht, sondern der Staat dazwischen tritt und sich die Beeinträchtigung des Gleichheitsinteresses zu eigen macht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Beurteilungsspielraum der Gerichte oder Ermessen besteht.³⁴⁹

Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG fließen aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG **Schutzpflichten**, die primär vom Gesetzgeber zu erfüllen sind, z. B. durch Erstreckung der Diskriminierungsverbote auf private Arbeitsbeziehungen. In einer Entscheidung zu § 611a BGB entnahm das BVerfG Art. 3 Abs. 2 GG aF eine staatliche Schutzpflicht zur Verhinderung der Diskriminierung von Frauen beim Zugang zum privaten Arbeitsmarkt, welcher der Gesetzgeber durch die Normierung des § 611a BGB nachkam. Die Schutzpflicht fordert auch von den Gerichten, Antidiskriminierungsnormen so auszulegen und anzuwenden, dass diese ihren Schutzzweck wirksam erfüllen können. Die Schutzpflicht wird verletzt, wenn die Gerichte § 611a BGB in einem Rechtsstreit zwischen der Stellenbewerberin und dem Arbeitgeber in einer Weise auslegten, die den Schutzzweck der Norm grundlegend verfehle.³⁵⁰ Ganz allgemein müssen Gerichte in Privatrechtsstreitigkeiten bei der Auslegung und Anwendung von Generalklauseln wie z. B. § 138 (Sittenwidrigkeit) oder § 242 BGB (Treu und Glauben) die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als objektive Werteordnung – und damit auch der besonderen Diskriminierungsverbote – beachten. Wie im System der EMRK zielt also der Schutzzweck des Art. 3 GG in erster Linie auf eine mittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots im Privatrechtsverkehr ab.³⁵¹ Eine verschärfte Problematik im mehrpoligen Grundrechteverhältnis liegt vor, wenn der Staat private Wirtschaftsteilnehmer nicht nur zur formalen Nichtdiskriminierung verpflichtet, sondern diese weitergehend zur Ergreifung positiver Maßnahmen zwingt, etwa zur Wahrung einer Frauenquote bei der Besetzung unternehmerischer Führungspositionen (→ Rn. 101).

Im Recht der EU werden aus den **Grundfreiheiten** Schutzpflichten abgeleitet, welche die **Mitgliedstaaten** dazu verpflichten, durch entsprechende (gesetzgeberische) Maßnahmen deren Beschränkung im Verhältnis zwischen Privaten zu verhindern.³⁵² Dieser Ansatz könnte auf die in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote übertragen werden.³⁵³ Die **Union** selbst ist ausweislich des Vertragswortlauts zu aktiven Maßnahmen gegen Diskriminierung verpflichtet.³⁵⁴

³⁴⁹ Altwicker, 349ff.

³⁵⁰ BVerfGE 89, 276 (285f.), Verletzung von Art. 3 Abs. 2 GG a.F. durch gerichtliche Bestätigung der Ablehnung einer Bewerberin wegen mangelnder Berufserfahrung. Dazu Fuchsloch (Fn. 269), 84f.; Bieback (Fn. 269), 47f.; M. Zimmer, Diskriminierung wegen des Geschlechts bei der Einstellung von Arbeitnehmern und Art. 3 II GG, NJW 1994, 1203 (1204). Vgl. zu einer Gegenüberstellung der Rspr. des BVerfG und des EuGH C. D. Classen, Wie viele Wege führen zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen?, JZ 1996, 921 (923ff.).

³⁵¹ S. zum Schutzpflichtengehalt von Art. 3 Abs. 3 GG R. Uerpmann-Witzack, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, ZaöRV 68 (2008), 359–370.

³⁵² Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 34 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung der Grundfreiheit sicherzustellen, EuGH Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rn. 30ff. – *Kommission/Frankreich*; im Grundsatz bestätigt durch EuGH Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 51ff. – *Schmidberger*. Dazu T. Kingreen, Die Grundfreiheiten, in: Bogdandy/Bast, 705ff., 746ff.

³⁵³ Ablehnend Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbotes (Fn. 271), 482.

³⁵⁴ Art. 19 AEUV spricht von »bekämpfen« und erlaubt »Fördermaßnahmen« von seiten der Uni-

3. Untersuchungspflichten

- 93 Art. 14 EMRK hat in der Terminologie des Gerichtshofs neben dem materiellen (»substantive aspect«) auch einen **prozeduralen Gehalt** (»procedural aspect«).³⁵⁵ Der prozedurale Gehalt verpflichtet die staatlichen Organe zu einer besonders sorgfältigen Untersuchung von Diskriminierungsvorwürfen. Bisher wurde eine solche Untersuchungspflicht nur in Bezug auf schwere Gewaltakte gegen Angehörige ethnischer oder religiöser Minderheiten Gegenstand der Rechtsprechung, also bei Betroffenheit des Rechts auf Leben oder Schutz vor Misshandlung (Art. 2 oder 3 EMRK).³⁵⁶ Relevant sind Gewaltakte sowohl von Staatsorganen als auch von Privaten. Die Verfahrenspflicht zur Untersuchung und Ermittlung eines möglichen Nexus zwischen Gewaltakt und rassistischer bzw. religionsfeindlichen Einstellung der Täter wird sowohl aus Art. 2 und 3 EMRK isoliert als auch aus Art. 14 EMRK in Verbindung mit den betroffenen Freiheitsrechten abgeleitet.³⁵⁷
- 94 Dogmatisch wird die Pflicht zur besonders intensiven Untersuchung rassistischer Gewaltakte mit dem aus Art. 14 EMRK fließenden **Gebot zur Ungleichbehandlung** relevant unterschiedlicher Sachverhalte begründet. Die bloße Standarduntersuchung verletzt das Diskriminierungsverbot (→ Rn. 74). Die rechtspolitische Begründung der gesteigerten Untersuchungspflicht lautet, dass **rassistische Gewalt ein besonderer Angriff auf die Menschenwürde** sei. Diese verlangt wegen ihrer gefährlichen Auswirkungen eine besondere Wachsamkeit der Behörden. Jene sind zu einer deutlichen Reaktion verpflichtet, wenn Anhaltspunkte für rassistisch motivierte Gewaltakte oder für Rassendiskriminierung bestehen. Sie müssen alle verfügbaren Maßnahmen ergreifen, um Rassismus zu bekämpfen, um auf diese Weise die Vision einer Gesellschaft zu stärken, in der Vielfalt nicht als Bedrohung, sondern als Bereicherung angesehen wird.³⁵⁸
- 95 Wenn die potentiell rassistischen oder durch religiösen Hass oder Vorurteile motivierten Körperverletzungen, Misshandlungen oder Tötungen **durch Staatsorgane** begangen werden, kann die »prozedurale« Verletzung des Diskriminierungsverbots durch eine mangelhafte Untersuchung **neben die direkte »materielle« Diskriminierung** treten. Bisher wurde jedoch die »prozedurale« Diskriminierung nur in solchen Fällen bejaht, in denen eine »materielle« (aktive und direkte) Diskriminierung durch Staatsorgane verneint wurde, vor allem mangels Nachweis der Motivation der handelnden Personen.

on. Allerdings enthält Art. 21 GRC nicht wie in Art. 14 und ZP 12 den Terminus »gewährleisten«. Die Gleichheit von Männern und Frauen ist nach Art. 23 GRC »sicherzustellen« (engl. »ensure«).

³⁵⁵ Grundlegend EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII – *Nachova u. a.* (GK), für die Terminologie §§ 159–161. Siehe auch No. 48254/99, § 101 – *Cobzaru* (2007): »procedural limb« und »procedural head« von Art. 14 i. V.m. Art. 3 EMRK.

³⁵⁶ *Ibid.*, ferner EGMR No. 15250/02, § 69 ff. – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 48254/99, § 89 ff. – *Cobzaru* (2007); No. 42722/02, § 119 ff. – *Stoica* (2008); No. 44803/04, §§ 61–66 – *Petropoulou-Tsakiris* (2007); No. 44256/06, § 77 ff. – *Turan Cakir* (2009); No. 24329/02 – *Soare u. a.* (2011).

³⁵⁷ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 161 – *Nachova u. a.* (GK). In No. 15250/02, §§ 55, 75 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 48254/99, §§ 75, 101 – *Cobzaru* (2007); No. 42722/02, §§ 81, 131 f. – *Stoica* (2008); No. 44256/06, §§ 72, 82 – *Turan Cakir* (2009); No. 24329/02 – *Soare u. a.* (2011); No. 74832/01 – *Mižigárová* (2010).

³⁵⁸ St. Rspr. seit EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 145 – *Nachova u. a.* (GK). Siehe z. B. No. 32526/05, § 69 – *Sampanis* (2008); No. 24329/02 – *Soare u. a.* (2011).

Funktional ist die Untersuchungspflicht im Gefolge von **Polizeigewalt** eine **Antwort auf das Beweisproblem**.³⁵⁹ Gewaltakte verletzen nur dann das Verbot der Rassendiskriminierung, wenn sie in rassistischer Absicht begangen werden (→ Rn. 69). Nach der Rechtsprechung muss das Ziel der Untersuchungen sein, »eventuelle rassistische Motive aufzudecken«.³⁶⁰ Durch die »Prozeduralisierung« des Diskriminierungstatbestandes wird der Fokus weg von inneren Einstellungen der Amtsträger auf einen späteren äußeren Geschehensablauf verlagert. Diskriminierung liegt dann in den objektiv feststellbaren Unterlassungen der für Untersuchungen zuständigen Behörden.³⁶¹

Eine behördliche Untersuchungspflicht wurde explizit gleichermaßen für den Fall von **Übergriffen durch Private** festgestellt,³⁶² und ausdrücklich auch für körperliche Angriffe, die möglicherweise durch religiöse Vorurteile oder Hass motiviert sind.³⁶³ In dieser Situation kommt mangels Privatwirkung des Diskriminierungsverbots ausschließlich eine prozedurale Diskriminierung durch behördliche Untätigkeit oder Nachlässigkeit in Betracht. Es handelt sich hier um eine besondere Schutzpflichtkonstellation (→ Rn. 88).

Wann und wodurch wird die gesteigerte Untersuchungspflicht ausgelöst? Allgemeine Berichte über systemische Polizeigewalt gegen Roma könnten unter Umständen, sofern kein anderes Beweismaterial vorhanden ist, die Behörden auf eine rassistische Motivation aufmerksam machen und damit die spezielle Pflicht zu eingehender Untersuchung auslösen.³⁶⁴ Die Untersuchungspflicht aus Art. 14 EMRK, ist – genau wie die aus den Freiheitsrechten abgeleitete Untersuchungspflicht – eine **Verhaltens- und keine Ergebnispflicht**, »an obligation to use best endeavours and [...] not absolute«.³⁶⁵ Sie ist auf das vernünftigerweise Gebotene beschränkt. Sie verlangt (nur) einen verhältnismäßigen Einsatz der staatlichen Mittel im Hinblick auf das Ziel der Wahrheitserfor-

³⁵⁹ Altwicker, 377 f.

³⁶⁰ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 160 – *Nachova u. a. (GK)*; No. 15250/02, § 69 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 42722/02, § 131 – *Stoica* (2008).

³⁶¹ Eine zusätzliche manifest rassistische Haltung der Untersuchungsbehörden kann den Vorwurf erhärten, ist aber für die Erfüllung des Tatbestandes der prozeduralen Diskriminierung nicht erforderlich. Vgl. EGMR No. 44803/04, § 66 – *Petropoulou-Tsakiris* (2007); No. 42722/02, § 130 – *Stoica* (2008).

³⁶² EGMR No. 46423/06, § 94 – *Beganović* (2009). Hier ging es um einen Bandenkrieg mit Schlägereien unter jungen Männern. Der Bf., ein Rom, rügte die mangelhafte behördliche Untersuchung eines Angriffs auf ihn. Der EGMR bestätigte die staatliche Pflicht zur besonderen Wachsamkeit und gesteigerten Untersuchungspflicht bei möglicherweise rassistisch motivierten Gewaltakten. Weil hier jedoch keine Anhaltspunkte für eine rassistische Straftat vorlagen, hatte der Staat seine Untersuchungspflicht nicht verletzt. Siehe auch EGMR No. 40116/02, §§ 66–70 – *Šečić* (2007): Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 3 durch die Verschleppung der strafrechtlichen Ermittlungen eines Angriffs von Skinheads auf Roma. EGMR No. 55523/00, insb. § 116 – *Angelova u. Iliev* (2007): Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 2 durch die behördliche Verschleppung einer strafrechtlichen Verfolgung eines Überfalls von Teenagern auf Roma, obwohl die rassistische Motivation des Angriffs den Behörden in einem frühen Stadium der Ermittlungen bekannt geworden war.

³⁶³ EGMR No. 44614/07, § 96 – *Milanović* (2011).

³⁶⁴ EGMR No. 74832/01, § 122 – *Mižigárová* (2010); No. 24329/02, § 204 – *Soare u. a.* (2011). In beiden Fällen wurde eine solche gesteigerte Untersuchungspflicht aufgrund allgemeiner Berichte verneint und Art. 14 i. V. m. Art. 2 und/oder 3 war nicht verletzt.

³⁶⁵ EGMR No. 44256/06, § 77 – *Turan Cakir* (2009); EGMR No. 46423/06, § 93 – *Beganović* (2009); No. 74832/01, § 120 – *Mižigárová* (2010). Siehe zum Inhalt der Untersuchungspflicht auch Altwicker, 378 ff.

schung unter Berücksichtigung der Schwere der Tat und der behaupteten Motivation. Gefordert sind die den konkreten Umständen angemessenen, »vernünftigen« (»reasonable«) behördlichen Maßnahmen, um mögliche rassistische oder religionsfeindliche Motive einer Gewalttat aufzudecken.³⁶⁶ Der Staat hat hier einen weiten Einschätzungsspielraum. Er muss aber grundsätzlich Beweise sammeln und sichern, alle praktischen Möglichkeiten ausschöpfen um die Wahrheit über den Tathergang zu ermitteln und muss das Untersuchungsverfahren durch eine wohlbegründete, unparteiische und objektive Entscheidung abschließen, ohne verdächtige Tatsachen zu verschweigen.³⁶⁷ Für die mangelhafte Untersuchung von Gewaltakten mit *rassistischem* Hintergrund sind kaum **Rechtfertigungsmöglichkeiten** denkbar. Bei prozeduraler Diskriminierung im »scope« anderer Freiheitsrechte und in Bezug auf andere Differenzierungskriterien (z. B. religiöse Überzeugung) könnten aber defizitäre unterlassene Untersuchungen zu rechtfertigen sein. Das in den Entscheidungen anklingende Verhältnismäßigkeitsprinzip könnte dogmatisch sowohl »nach oben« als auch »nach unten« als tatbestandliche Bestimmung der Reichweite der Handlungspflicht angesehen werden oder in Gestalt des **Untermaßverbots** als Grenze der Rechtfertigbarkeit von Passivität.

- 99 Im deutschen Verfassungsrecht wurden als prozedurale Pflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG (i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) das Recht auf Waffengleichheit im Zivilprozess³⁶⁸ und ein Recht auf ein **fairer Prüfungsverfahren**³⁶⁹ entwickelt, jedoch bisher keine Untersuchungspflichten.

4. Positive Maßnahmen

- 100 Das ZP 12 bekräftigt ausweislich seiner Präambel »die Tatsache, dass das Prinzip der Nichtdiskriminierung die Staaten nicht daran hindert, **Maßnahmen zur Förderung der vollen und effektiven Gleichheit** zu ergreifen, vorausgesetzt, dass es eine **objektive und vernünftige Begründung** für diese Maßnahmen gibt«.³⁷⁰ Dieser Satz erlaubt prinzipiell Fördermaßnahmen zum Ausgleich faktischer Nachteile.³⁷¹ Der EGMR setzte sich bisher vor allem mit Fördermaßnahmen für **ethnische Minderheiten**, insbesondere für Roma, auseinander. Bereits im *Belgischen Sprachenfall* hatte er ausgeführt, dass eine spezifische rechtsungleiche Behandlung einer nationalen Minderheit unter Umständen darauf abzielt, tatsächliche Ungleichheit zu korrigieren.³⁷² Im Fall *Sampanis* betonte der Gerichtshof die besondere Verletzlichkeit von Roma, die eine besondere Aufmerksamkeit und Rücksichtnahme auf spezielle Bedürfnisse verlange. Insbeson-

³⁶⁶ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 69 – *Nachova u. a.* (GK); No. 15250/02, § 69 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 46423/06, § 93 – *Beganović* (2009).

³⁶⁷ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 160 – *Nachova u. a.* (GK); No. 46317/99, § 145 – *Ognyanova u. Choban* (2006); No. 44256/06, § 77 – *Turan Cakir* (2009).

³⁶⁸ BVerfGE 52, 131, (156).

³⁶⁹ Zum Anspruch auf möglichst gleichartige Prüfungsbedingungen aus dem das Prüfungsrecht beherrschenden Grundsatz der Chancengleichheit BVerwG IV C 49.76 v. 28.4.1978, BVerwGE 55, 355, 360; 7 C 17/90 v. 14.12.1990, BVerwGE 87, 258 (261 f.); BVerfGE 84, 34 (52).

³⁷⁰ Der authentische englische Text lautet: »Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures«.

³⁷¹ Expl. Rep., Rn. 16.

³⁷² EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10 – *Belgischer Sprachenfall (Pl)*.

dere sei eine »protection spéciale« im Bereich der Schulbildung erforderlich.³⁷³ Der Gerichtshof hält somit grundsätzlich die fördernde Sonderbehandlung bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, welche deren faktisch nachteilige Betroffenheit ausgleichen soll, für vereinbar mit Art. 14 EMRK und mit Art. 1 ZP 12.³⁷⁴ Das legitime Ziel der Angleichung der materiellen Lebensverhältnisse kann also unter Umständen (bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit und bei Beachtung des Gesetzesvorbehalts → Rn. 252) eine formal ungleiche Behandlung verschiedener Gruppen rechtfertigen.³⁷⁵ Derartige Differenzierungen werden in der Rechtsprechung als »positive Maßnahmen« oder »positive Diskriminierung«³⁷⁶ bezeichnet.

Weitergehend können nach Auffassung des EGMR positive Maßnahmen unter Umständen sogar geboten sein.³⁷⁷ Insbesondere Roma »require special protection« in den Bereichen Bildung, Wohnraum und Wahlen.³⁷⁸ Anders gewendet: Die Versäumung des Ausgleichs (faktisch) ungleicher Lebensbedingungen durch differenzierende Behandlung von Seiten des Staates kann ebenfalls das Diskriminierungsverbot verletzen.³⁷⁹ Eine solche Pflicht zu positiven Maßnahmen könnte dogmatisch auch als Pflicht zur Ungleichbehandlung relevant verschiedener Personen konstruiert werden (*Thlimmenos*-Konstellation → Rn. 74). Die Grenzen positiver Maßnahmen »nach oben« und »nach unten« sind allerdings noch unklar.³⁸⁰ Der EGMR hat weder entschieden, ob auch Quotenregelungen im Bildungsbereich, für den Zugang zum öffentlichen Dienst, im Kontext politischer Wahlen oder für Führungspositionen in der Privatwirtschaft

101

³⁷³ EGMR No. 32526/05, § 72 – *Sampanis u. a.* (2008).

³⁷⁴ Klar EGMR No. 23960/02, § 32 – *Zeman* (2006): Der Staat dürfe Gruppen unterschiedlich behandeln »in order to correct ›factual inequalities‹ between them« (zum Witwengeld, das höher als das Witwergeld war).

³⁷⁵ Zu Art. 14 EMRK *Partsch*, Discrimination, 571 (584); *Lenaerts*, 101 (128). Der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof führt aus, dass faktische Ungleichheiten durch rechtsungleiche Behandlung ausgeglichen werden dürfen, sofern nicht Prinzipien der Gerechtigkeit missachtet werden. Die rechtsungleiche Behandlung stelle in diesem Fall Gerechtigkeit her und schütze die Schwachen (Gutachten v. 19. 1. 1984 – *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, § 56, abgedr. in HRLJ 5 (1984), 161 ff.).

³⁷⁶ Vgl. *Dissenting Opinion Richter Pettiti* in EGMR No. 20348/92 Rep. 1996-IV – *Buckley*, Annex: »the only acceptable discrimination under Article 14 is positive discrimination, which implies that in order to achieve equality of rights through equality of opportunity it is necessary in certain cases to grant additional rights to the deprived members of the population such as the underclasses of developed countries, and the Gypsy and Jenische communities«.

³⁷⁷ Siehe z.B. EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, §§ 51, 61 – *Stec u. a.* (GK); Nos. 42949/98 u. 53134/99, § 35 – *Runkee u. White* (2007); No. 15766/03, Rep. 2010 – *Orsus u. a.* (GK); No. 32526/05, § 68 – *Sampanis u. a.* (2008); No. 55707/00, Rep. 2009, § 82 – *Andrejeva* (GK). Siehe aber Expl. Rep., Rn. 16, nach dem die Staaten zwar zur Ergreifung positiver Maßnahmen berechtigt, nicht aber verpflichtet sind. *Heyden/von Ungern-Sternberg* (Fn. 276), 87 argumentieren, »dass die Pflicht zu positiven Fördermaßnahmen [...] nach Ansicht der Vertragsstaaten nicht zum Konventionssystem und seinen hinreichend spezifischen, einklagbaren Rechten passt.«

³⁷⁸ EGMR Nos. 4149/04 u. 41029/04, Rep. 2012, §§ 44 f. – *Aksu* (GK). Im Fall *Aksu* verneinte der EGMR eine besondere Schutzbedürftigkeit gegenüber Publikationen.

³⁷⁹ So explizit EGMR No. 32526/05, § 68 – *Sampanis u. a.* (2008). Ablehnend *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 611: Wegen der Akzessorietät von Art. 14 könnten Förderpflichten, insbesondere in Form von »reverse discrimination«, nur aus einem Freiheitsrecht fließen.

³⁸⁰ Siehe rechtsvergleichend C. J. Van de Heyning, »Is it still a Sin to Kill A Mockingbird?« *Remedying Factual Inequalities through Positive Action: What can be Learned from the US Supreme Court and European Court of Human Rights Case Law?*, EHRLR (2008), 376–390.

noch verhältnismäßig sind, noch hat er die von ihm postulierte *Förderpflicht* näher definiert, noch den Gesetzesvorbehalt problematisiert.

- 102 Im Vergleich dazu beinhaltet Art. 3 Abs. 1 GG einen rein formalen Anspruch auf **Rechtsgleichheit**. Auch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GG werden als Verbote rechtlich-nachteiliger Behandlung interpretiert.³⁸¹ Durch die **Auslegung von Art. 3 GG im Lichte des Sozialstaatsprinzips** (Art. 20 Abs. 1 GG) werden jedoch im Einzelfall rechtlich differenzierende Maßnahmen, die auf ökonomisch-gesellschaftlichen Ausgleich abzielen, als (noch) gleichheitssatzkonform qualifiziert.³⁸² Ferner liegt das Konzept materieller (»faktischer«) Gleichheit der Grundgesetzergänzung von 1994 zugrunde: Das Gebot der »tatsächliche[n] Durchsetzung der Gleichberechtigung« des **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG** verpflichtet den Staat dazu, die Realisierung **faktischer Gleichstellung von Frauen und Männern**, also eine Angleichung der Lebensverhältnisse anzustreben.³⁸³ Daraus lässt sich auch die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zur Herstellung faktischer (materieller) Gleichheit zwischen Frauen und Männern herleiten.³⁸⁴ Schon zuvor hatte das BVerfG aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG a.F. eine über die formale Gleichbehandlung hinausgehende staatliche Schutz- und Förderpflicht hergeleitet, auf die Maßnahmen zum Ausgleich in der Lebenswirklichkeit bestehender Nachteile für Frauen gestützt werden konnten.³⁸⁵ Besondere Fördermaßnahmen (z.B. Quoten) müssen allerdings im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sorgfältig mit der damit verbundenen formalen Ungleichbehandlung der nicht begünstigten Individuen und deren Grundrechten abgewogen werden.³⁸⁶ Fördermaßnahmen, die privaten Wirtschaftsunternehmen auferlegt werden, müssen außerdem

³⁸¹ BVerfGE 64, 135 (156f.) – zu Art. 3 Abs. 3 GG; 77, 84 (120) (zu Art. 3 Abs. 1 GG); 85, 191, (207) (zu Art. 3 Abs. 2 Satz 1). Dezidiert für eine Lesart als Garantie der rechtlichen, nicht faktischen Gleichheit *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 3–6 (zu Art. 3 Abs. 1), Rn. 309 (zu Art. 3 Abs. 2 Satz 1), Rn. 371f. (zu Art. 3 Abs. 3 GG). In diesem Sinne auch *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 55–57; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 58–60, 102. S. grundsätzlich zu rechtlicher und faktischer Gleichheit *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996 (Orig. 1985), 377–389. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Rn. 44 meint, die strikte Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Gleichheit sei unergiebig.

³⁸² BVerfGE 76, 130 (139) (zur Verteilung von Prozesskosten).

³⁸³ BT-Drs. 12/7109 (1994), 7; BVerfGE 85, 191 (206f.).

³⁸⁴ Dazu *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 261ff. m. w. N.

³⁸⁵ So insb. BVerfGE 85, 191 (206f.), wo es heißt: »Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. [...] Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.« Es ist allerdings umstritten, ob das im Rahmen der Freiheitsrechte entwickelte Konzept grundrechtlicher Schutzpflichten überhaupt auf die Gleichheitsrechte bzw. Diskriminierungsverbote übertragbar ist. Ablehnend z.B. *Isensee*, in: HStR V, 1992, § 111 Nr. 96; *U. Di Fabio*, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, AöR 122 (1997), 404 (441ff.).

³⁸⁶ *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 264ff., die zu Recht eine generalisierende Vorrangentscheidung oder eine definitorische Leugnung der Kollision mit dem Abwehrgehalt des Diskriminierungsverbots ablehnt. Im Einzelnen zu Quotenregeln *U. Kischel*, Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, GG, Rn. 166–175. S. a. *Peters*, Women, Quotas and Constitutions (Fn. 230), 163ff.: Staatliche Schutz- und Förderpflichten begründen zwar keinen individuellen Anspruch auf Fördermaßnahmen in der Form von Quotenregelungen, aber das in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in der Form eines Staatsziels enthaltene Fördergebot muss in die Abwägung (Herstellung praktischer Konkordanz) eingestellt werden und verleiht dort dem Recht der Frauen auf faktische Gleichberechtigung zusätzliches Gewicht (189f.).

als dritte Position deren Grundrechte beachten. Die in Deutschland diskutierte Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für Aufsichtsräte³⁸⁷ wird in der Literatur teilweise für verfassungsrechtlich problematisch gehalten, unter anderem wegen des möglicherweise unverhältnismäßigen Eingriffs in Grundrechte der Gesellschaft und der Aktionäre (Anteileigentum; Unternehmerfreiheit, Vereinigungsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 9 GG). Die Vereinbarkeit mit Grundrechten des GG und der EMRK sowie mit Unionsrecht (Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit) hinge von der konkreten Ausgestaltung der Quote ab (Höhe, Übergangsfristen, Ausnahmemöglichkeiten, etc.).³⁸⁸ Im einfachen Recht ermächtigt § 5 AGG³⁸⁹ zu geeigneten und angemessenen positiven Maßnahmen.

Im Ergebnis sind Art. 14 EMRK und Art. 3 GG insofern strukturgleich, als beide 103 Normen primär rechtliche Gleichbehandlung sicherstellen sollen, jedoch das rechtspolitische Ziel der Annäherung an faktische Gleichheit mitumfassen. In beiden Rechtssystemen hat die Rechtsprechung das Spannungsverhältnis zwischen beiden Konzepten der Gleichheit nicht thematisiert. Praktisch ging es im Anwendungsbereich der EMRK bisher vor allem um ethnische Minderheiten, in der Rechtsprechung des BVerfG nur um Frauen.

Im Recht der EU sind das formale und das materielle Gleichheitskonzept gleichermaßen anerkannt.³⁹⁰ Die Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Geschlechts gewähren zunächst einen formalen Anspruch auf Rechtsgleichheit. Im *Barber*-Urteil, in dem es um ein unterschiedliches Rentenzugangsalter von Frauen und Männern in einem betrieblichen Altersversorgungssystem ging, stellte der EuGH – anders als das BVerfG in seiner Rentenaltersentscheidung³⁹¹ – allein auf den je nach Geschlecht unterschiedlichen Rentenbeginn in einer ansonsten vergleichbaren Situation ab. Ohne auf mögliche faktische Unterschiede in Bezug auf die Lebens- und Arbeitssituation von Frauen und Männern einzugehen, bejahte er eine Verletzung von Art. 157 AEUV.³⁹² 104

³⁸⁷ Gesetzesantrag Hamburgs (Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien (GlTeilhG) v. 29.5. 2012, wurde am 21.9. 2012 vom Bundesrat beschlossen, BR-Drs. 330/12.

³⁸⁸ Kritisch: M. Schladebach/G. Stefanopoulou, Frauenquote in Aufsichtsräten – Überlegungen zur Änderung des Aktienrechts, BB 2010, 1042; R. François-Poncet/B. Deilmann/S. Otte, Frauenquote in französischen Aufsichts- und Verwaltungsräten – ist eine Quote auch in Deutschland zulässig? NZG 2011, 441; G. Spindler/K. Brandt, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Gleichstellungsquote im Aufsichtsrat der börsennotierten AG, NZG 2011, 401. Befürwortend: J. Wieland, Ist eine Quotenregelung zur Erhöhung des Anteils der Frauen in Aufsichtsräten mit dem Grundgesetz und Europarecht vereinbar?, NJW 2010, 2408; H.-J. Papier/M. Heidebach, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305.

³⁸⁹ Vgl. → Fn. 22.

³⁹⁰ Zu den verschiedenen Gleichheitskonzepten im Gemeinschaftsrecht A. Peters, The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis, ELJ 2 (1996), 177; Prechal/Burrows (Fn. 301), 1–20; K. Wentholt, Formal and Substantive Equal Treatment: The Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality, in: Loenen/Rodrigues (Fn. 269), 53 (59ff.).

³⁹¹ BVerfGE 74, 163 (179f.) – Rentenalter.

³⁹² EuGH Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889, Rn. 31ff. Ebenso EuGH Rs. C-356/09 v. 18.11. 2010, Rn. 28ff. – Kleist

- 105 **Positive Maßnahmen** für das »unterrepräsentierte Geschlecht« sind primärrechtlich in Art. 157 Abs. 4 AEUV³⁹³ sowie in der Chancengleichheitsrichtlinie³⁹⁴ vorgesehen, allerdings auf das Arbeitsleben beschränkt. In Art. 23 Abs. 2 GRC, der für alle Bereiche gilt, ist ebenfalls festgehalten, dass »der Grundsatz der Gleichheit [von Männern und Frauen] ... der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen[steht]«. ³⁹⁵ Das Konzept der positiven Maßnahmen wurde zudem in der Rassendiskriminierungs- und der Rahmenrichtlinie auch auf Diskriminierungen aufgrund der übrigen in Art. 19 AEUV aufgeführten Kriterien ausgeweitet.³⁹⁶
- 106 Auf **internationaler Ebene** enthalten einige der UN-Menschenrechtsverträge eine Ermächtigung für die Vertragsstaaten, zeitlich befristete positive Maßnahmen zu ergreifen. Zu nennen sind hier insbesondere Art. 1 Abs. 4 CERD und Art. 4 Abs. 1 CEDAW, die klarstellen, dass solche Maßnahmen nicht als Diskriminierung gelten. Auch der Menschenrechtsausschuss des IPbPR erkennt die Notwendigkeit von »affirmative action« an und hebt hervor, dass es sich bei einer Vorzugsbehandlung, die bis zur Beseitigung faktischer Diskriminierungen befristet sei, um eine legitime Ungleichbehandlung – und damit nicht um eine verbotene Diskriminierung i. S. d. Art. 26 IPbPR – handele.³⁹⁷
- 107 Das aus dem **US-amerikanischen Recht** stammende Konzept der positiven Maßnahmen (*affirmative action*) bezieht sich auf Maßnahmen, die durch besondere Förderung dazu beitragen sollen, Benachteiligungen für Angehörige bestimmter diskriminierter Gruppen abzubauen und so zumindest Chancengleichheit, zum Teil aber auch ergebnisgleiche Repräsentation herzustellen.³⁹⁸ »Affirmative action« ist vorrangig ein Instrument zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung. Als »Nebenprodukt« ist es auf den Bereich der Frauendiskriminierung erstreckt worden.³⁹⁹ Rechtlich besonders problematisch sind Fördermaßnahmen, die, wie Quotenregelungen, durch die Bevor-

³⁹³ Art. 157 Abs. 4 AEUV lautet: »Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen«. Die Vorschrift wurde mit dem Vertrag von Amsterdam eingefügt.

³⁹⁴ Art. 3 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen v. 5. 7. 2006, Abl. EU 2006 L 204/23. Diese Richtlinie löste die bisherigen EG-Gleichbehandlungsrichtlinien (RL 75/117/EWG; 76/207/EWG; 86/378/EWG und 97/80/EG) ab und passte ihren Inhalt an die Rspr. des EuGH (hierzu → Rn. 153) an. Zuvor zu positiven Maßnahmen für das unterrepräsentierte Geschlecht Art. 2 Abs. 4 der RL 76/207/EWG.

³⁹⁵ Siehe zu den Adressaten unten (→ Fn. 420–422).

³⁹⁶ Art. 5 RL 2000/43; Art. 7 RL 2000/78. Ausf. D. Caruso, Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, HarvILJ 44 (2003), 331. Ausführlich zu den *positive actions* im Recht der EU L. Waddington/M. Bell, Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A Search for Conceptual Clarity, CMLRev 2011, 1503 ff.

³⁹⁷ General Comment No. 18 (1989), § 10.

³⁹⁸ Die Definitionen unterscheiden sich im Einzelnen voneinander. Vgl. Peters, Action in Favour of Women (Fn. 390), 21 f.; J. Rabe, Equality, Affirmative Action and Justice, 2001, 73 f.; B. G. Schubert, Affirmative Action und Reverse Discrimination, 2003, 33 f., jeweils m. w. N.

³⁹⁹ Kritisch zur gleichlaufenden Prüfung von »affirmative action« im Bereich der Rassen- und der Frauendiskriminierung Peters, Women, Quotas and Constitutions (Fn. 230), 107 ff.

zugung einer Person unmittelbar zur Benachteiligung einer anderen Person führen (*»reverse discrimination«*). Ob solche Maßnahmen mit dem – formal verstandenen und auf das jeweils betroffene Individuum bezogenen – Diskriminierungsverbot vereinbar sind, ist in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor sehr umstritten.⁴⁰⁰ Neben einer solchen Kollision mit dem Abwehrgehalt des Diskriminierungsverbots kann es zu Konflikten mit Freiheitsrechten wie der Vertragsautonomie und der Berufsfreiheit kommen, wenn Private, z.B. private Arbeitgeber, zu Fördermaßnahmen gesetzlich verpflichtet werden. Die Zulässigkeit von *affirmative action* wird von der amerikanischen Rechtsprechung in einer zweistufigen Prüfung untersucht. Dabei variiert der Prüfungsmaßstab. Im Bereich der Rassendiskriminierung unterliegen positive Maßnahmen grundsätzlich der *»strict scrutiny«*, während im Bereich der Frauendiskriminierung der weniger strenge Maßstab der *»intermediate scrutiny«* herangezogen wird (→ Rn. 155). Auf der ersten Stufe muss ein legitimes Ziel vorliegen, wobei der Maßstab der *»strict scrutiny«* ein zwingendes öffentliches Interesse (*compelling government interest*) verlangt, während nach der *»intermediate scrutiny«* ein wichtiges öffentliches Interesse (*important government interest*) ausreicht. Auf der zweiten Stufe wird eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt, wonach *»affirmative action policies«* eng zugeschnitten (*narrowly tailored*) sein müssen und die Angehörigen der nichtbegünstigten Gruppe(n) nicht unnötig belasten dürfen. Der Supreme Court akzeptiert *»affirmative action«* nur noch unter strengen Voraussetzungen. Starre Quotenregelungen verletzen die US-amerikanische Verfassung.⁴⁰¹

D. Grundrechtsberechtigung

I. Berechtigte

Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots des Art. 14 EMRK können **natürliche Personen, Personengruppen**⁴⁰² und juristische Personen des Privatrechts geltend machen (→ *Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete, Kap. 5 Rn. 11 ff.*). Juristische Personen des öffentlichen Rechts wie Kirchen und kirchliche Einrichtungen sind ebenfalls Träger des Rechts aus Art. 14 EMRK, wenn sie keine Hoheitsgewalt ausüben und bei

⁴⁰⁰ Siehe aus der neueren Literatur nur A. Peters/S. Suter, Representation, Discrimination, and Democracy: A Legal Assessment of Gender Quotas in Politics, in: Linda C. McClain/Joanna L. Grossmann (Hrsg.), Gender Equality: Dimensions of Women's Equal Citizenship, 2009, 174–200.

⁴⁰¹ Eingeleitet wurde die restriktive Behandlung der rassebezogenen *»affirmative action«* mit *Adarand v. Peña*, 115 S.Ct. 2097 (1995). In *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct. 2325 (2003), wurde das durch eine staatliche Law School verfolgte Ziel, durch die Aufnahme einer *»kritischen Masse«* von Angehörigen ethnischer Minderheiten *»diversity«* und eine erhöhte Toleranz in der Ausbildung zu erreichen, als *»compelling state interest«* anerkannt (2338 ff.). Starre Quotenregelungen oder besondere Zulassungsverfahren für Angehörige ethnischer Minderheiten waren von vornherein unzulässig (2342), während das überprüfte flexible Zulassungsverfahren als *»narrowly tailored«* akzeptiert wurde. Nach *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 US 701, 720–735 (2007) ist die Ausgewogenheit zwischen Schülern weißer und schwarzer Hautfarbe als solche kein *»compelling interest«*; das allein auf der Hautfarbe abstellende Zulassungsverfahren der beklagten Schulen war nicht erforderlich, um legitime Bildungsziele zu erreichen und war somit verfassungswidrig.

⁴⁰² Z.B. EGMR No. 664/06, § 39 – *Losonci Rose u. a.* (2011): *»un individu ou un groupe«*.

der Verfolgung ihrer Ziele vom Staat unabhängig sind. Dies hat der EGMR in dem Fall *The Holy Monasteries*, in dem sich acht griechische Klöster gegen die Enteignung eines Teils ihrer Ländereien durch den griechischen Staat wandten und u. a. einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot rügten, festgestellt. Er stützte seine Entscheidung darauf, dass die Klöster keine Hoheitsgewalt ausübten und ihre Ziele und Aufgaben kirchlicher, spiritueller, kultureller und sozialer Natur waren.⁴⁰³ Auch **Ausländer** sind Träger des Rechts aus Art. 14, wobei Ungleichbehandlungen (also Grundrechtseinschränkungen) nach Maßgabe von Art. 16 EMRK (Beschränkung der politischen Tätigkeit) und auch beim Zugang zu öffentlichen Ämtern zulässig sind.⁴⁰⁴

- 109 Für die Grundrechtsberechtigung nach dem GG gelten im Hinblick auf einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz oder die besonderen Diskriminierungsverbote keine Besonderheiten (→ *Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete*, Kap. 5 Rn. 52 ff.).⁴⁰⁵ Da es sich um »Jedermann-Rechte« handelt, gelten sie auch für Ausländer und Staatenlose. Da Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG die Staatsangehörigkeit nicht erfasst, werden darauf gestützte Ungleichbehandlungen nur am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG geprüft (→ Rn. 177). Inwieweit das völkerrechtliche Reziprozitätsprinzip Benachteiligungen von Ausländern rechtfertigen kann, ist umstritten.⁴⁰⁶
- 110 Im **Recht der EU** können sich **nur die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten**⁴⁰⁷ einschließlich juristischer Personen und Personenzusammenschlüsse ohne Rechtspersönlichkeit, welche die Voraussetzungen des Art. 54 AEUV erfüllen,⁴⁰⁸ auf das **Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit** (Art. 18 AEUV) und die in den Grundfreiheiten enthaltenen speziellen staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverbote berufen, allerdings nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die sog. »**Inländerdiskriminierung**«, die sich daraus ergibt, dass Inländer durch nationale Rechtsvorschriften gegenüber Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten benachteiligt werden, fällt nicht in den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV und der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote. Sie kann aber nach h. M. als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG geltend gemacht werden.⁴⁰⁹ Daneben sind juristische Personen des

⁴⁰³ EGMR Nos. 13092/87 u. 13984/88, A 301 – A, § 49 – *The Holy Monasteries*. Auch die EKMR hatte die beschwerdeführenden Klöster unter Hinweis darauf, dass sie keine öffentlichen Aufgaben wahrnahmen und eine eigene, von der griechisch-orthodoxen Kirche unabhängige Rechtspersönlichkeit besäßen, für parteifähig erklärt, vgl. Nos. 13092/87 u. 13984/88, EuGRZ 20 (1993), 607 (608).

⁴⁰⁴ *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK Rn. 33.

⁴⁰⁵ Ausf. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 69–74; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 229–243, jeweils m. w. N.

⁴⁰⁶ Das BVerfG prüft diese Frage im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, so z. B. BVerfGE 51, 1 (23 f.); 81, 208 (223 f.). Dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 237.

⁴⁰⁷ H. M., siehe z. B. *Odendahl* (Fn. 116), 1205 m. w. N. A. A. (für eine Berechtigung auch von Drittstaatsangehörigen, vor allem um mittelbare Rassendiskriminierung zu bekämpfen) *C. Hublet*, *The Scope of Article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third-Country Nationals: Evolution at Last?* ELJ 15 (2009), 757–774.

⁴⁰⁸ Art. 54 AEUV berechtigt Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und/oder ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.

⁴⁰⁹ *A. Epiney*, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 1995, 419 ff., m. w. N.; a. A. *D. König*, *Das Problem der Inländerdiskriminierung*, AöR 118 (1993), 591 (598 ff.). Vgl. BverfG (K) 1 BvR 2221/03, BVerfGK 4, 78, Abs. 16 f. zur Pflicht zur Beschäftigung Behinderter für Unternehmen in Deutschland abweichend von den Regelungen in anderen europäischen Ländern. Hierin liegt keine »Benachteiligung deutscher Unternehmen« in Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG, weil der Gesetzgeber nur innerhalb

öffentlichen Rechts, z. B. öffentlich-rechtliche Kreditinstitute oder kommunale Eigenbetriebe, von den staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverboten erfasst, soweit sie einen Erwerbszweck verfolgen und nicht hoheitlich handeln.⁴¹⁰ Die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der staatsangehörigkeitsbezogenen *grundfreiheitlichen* (nicht grundrechtlichen) Diskriminierungsverbote auf EU-Bürger ist mit der vorrangig wirtschaftlichen Zielsetzung des Unionsrechts zu erklären, die es erfordert, im Binnenmarkt alle Wirtschaftssubjekte gleich zu behandeln. Die **Staatsangehörigen dritter Staaten** sind vor Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch die in Assoziationsabkommen enthaltenen staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverbote geschützt,⁴¹¹ und außerdem durch Art. 21 Abs. 2 GRC.⁴¹²

Den allgemeinen Gleichheitssatz und die besonderen Diskriminierungsverbote⁴¹³ erkannte der EuGH als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV) und damit als EU-Grundrechte an, was durch ihre Kodifizierung in Art. 20, 21 Abs. 1 und 23 GRC bestätigt wird. Auf diese Grundrechte können sich alle Personen, also **auch Drittstaatsangehörige und Staatenlose**, berufen, die von einer entsprechenden Maßnahme im Anwendungsbereich des AEUV bzw. EU-Vertrags betroffen sind.

Die Rechte des **IPbpr** gelten – ebenso wie die Rechte der EMRK – gemäß Art. 2 Abs. 1 unter Wahrung der in dieser Vorschrift aufgeführten Diskriminierungsverbote (→ Rn. 9) für alle Personen, die sich in dem Gebiet eines Vertragsstaats befinden und seiner Herrschaftsgewalt unterworfen sind. Damit sind nicht nur die eigenen Staatsangehörigen, sondern auch Drittstaatsangehörige und Staatenlose berechtigt, sich auf die vertraglich verankerten Diskriminierungsverbote zu berufen.⁴¹⁴ Dies gilt grundsätzlich auch für die Rechte nach dem **IPwskR**; allerdings eröffnet Art. 2 Abs. 3 den Entwicklungsländern die Möglichkeit, »unter gebührender Berücksichtigung der Menschenrechte und der Erfordernisse ihrer Volkswirtschaft« zu entscheiden, inwieweit sie Ausländern die in dem Pakt anerkannten wirtschaftlichen Rechte gewährleisten wollen. Eine Besonderheit findet sich in der **Banjul-Charta**. In Art. 19 ist ein allgemeiner Gleichheitssatz enthalten, der nicht für Individuen, sondern für Völker gilt.⁴¹⁵ Die-

seines Herrschaftsbereichs an den Gleichheitssatz gebunden ist. Die missverständliche Formulierung des BVerfG verdeckt, dass die Beschäftigungspflicht prinzipiell für alle Unternehmensstandorte in Deutschland gelten dürfte, unabhängig von der Staatszugehörigkeit bzw. dem Personalstatut des Unternehmens. Es handelt sich somit nicht um einen Fall der Inländerdiskriminierung. Österr. VfGH, Erkenntnis B 592/96 v. 17. 6. 1997, § 2.3 misst die Schlechterstellung von österreichischen Staatsbürgern im Vergleich zu EU-Bürgern an Art. 14 EMRK.

⁴¹⁰ M. Holoubek, in: Schwarze, EU, Art. 18 AEU Rn. 34 (28–35), m. w. N.; J. Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV Rn. 3.

⁴¹¹ Vgl. EuGH Rs. C-336/05, 13. 6. 2006, Rn. 64f. – *Echouikh* zur Auslegung des staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverbots in einem Assoziationsabkommen im Licht von Art. 18 AEUV und Art. 14 EMRK.

⁴¹² Art. 21 Abs. 2 GRC verweist auf die Verträge als *leges speciales*. Somit sind Ungleichbehandlungen von EU-Bürgern untereinander nur nach den Verträgen zu beurteilen, wohingegen Ungleichbehandlungen von Drittstaatsangehörigen einerseits und Unionsbürgern andererseits an der GRC gemessen werden müssen.

⁴¹³ Zur Sonderstellung des Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit oben Rn. 110 und Rn. 29, 30.

⁴¹⁴ MR-Ausschuss, General Comment No. 15 (1986), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 v. 140f.

⁴¹⁵ Art. 19 AfrChRMV lautet: »Alle Völker sind gleich, ihnen kommt die gleiche Achtung zu, und

ser Gleichheitssatz flankiert das fundamentale Recht der Völker auf Selbstbestimmung und verbietet – in Reaktion auf die Kolonisierung – die Beherrschung eines Volkes durch ein anderes.

II. Verpflichtete

1. Bindung des Staates und seiner Einrichtungen

- 113 Die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 14 EMRK verpflichten den **Staat und seine Einrichtungen** sowie Institutionen, die ermächtigt sind, staatliche Hoheitsgewalt auszuüben; dies bezieht sich auch auf die Legislative (→ *Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete*, Kap. 5 Rn. 84ff.). Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet gleichfalls nicht nur die Exekutive und die Judikative zur Gewährleistung der Rechtsanwendungsgleichheit, sondern auch den Gesetzgeber zur Beachtung der Rechtssetzungsgleichheit (Art. 1 Abs. 3 GG → Rn. 4, 23).⁴¹⁶ Ebenso sind alle drei Gewalten an die besonderen Diskriminierungsverbote gebunden.
- 114 Im **Recht der EU** verpflichten die primärrechtlichen Diskriminierungsverbote »der ersten Generation« (→ Rn. 30) die Mitgliedstaaten. Der aus dem Vertrag abgeleitete allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz ist demgegenüber an die Institutionen der EU gerichtet.⁴¹⁷ Auf die in den **Antidiskriminierungsrichtlinien**⁴¹⁸ enthaltenen Diskriminierungsverbote können sich die Betroffenen nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien gegenüber einem (nicht oder nicht richtig umsetzenden) Mitgliedstaat insbesondere in seiner Funktion als öffentlicher Arbeitgeber berufen, da diese hinreichend bestimmt und unbedingt sind.⁴¹⁹
- Die Diskriminierungsverbote der GRC sind demgegenüber in erster Linie an die **Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU** gerichtet. Darüber hinaus sind sie von den **Mitgliedstaaten »ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union«** zu beachten (Art. 51 Abs. 1 GRC). Der EuGH legt den Begriff der »Durchführung« weit aus, und zwar im Sinne von jeglicher Anknüpfung an das Unionsrecht.⁴²⁰ Zwei typische Fallgruppen sind die staatliche Umsetzung von Richtlinien und die bloße

sie haben die gleichen Rechte. Die Herrschaft eines Volkes über ein anderes kann durch nichts gerechtfertigt werden«.

⁴¹⁶ Ausf. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 244–297.

⁴¹⁷ Rechtsprechung und Literatur leiten den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oft aus Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV ab, dem Verbot der Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern im gemeinsamen Agrarmarkt. Der Grund ist wohl, dass diese Vorschrift als einziges Diskriminierungsverbot der Verträge an die Union selbst und nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet ist.

⁴¹⁸ Vgl. → Fn. 245.

⁴¹⁹ Erstmals für die Gleichbehandlungsrichtlinie EuGH Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 46f., 52ff. – *Marshall*; ausf. Langenfeld (Fn. 301), 167ff.

⁴²⁰ EuGH, Rs. C-457/09, 01.03. 2011, Rn. 25 – *Chartry*. In *Mangold* bejahte der EuGH eine Bindung Deutschlands als Mitgliedstaat an den »allgemeinen Grundsatz« des Verbots der Altersdiskriminierung (vgl. Art. 21 GRC), weil die deutsche Regelung in den Geltungsbereich des Unionsrechts fiel. Deutschland hatte das streitgegenständliche TzBfG in Umsetzung der EU-RL 199/70 erlassen (EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 – *Mangold [GK]*). Demgegenüber kein unionsrechtlicher Bezug und somit keine Bindung Deutschlands an das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung in EuGH Rs. C-427/06, 23.09. 2008, Rn. 24f. – *Bartsch*.

Einschränkung oder Berührung des Schutzbereichs einer Grundfreiheit.⁴²¹ In diesen Situationen müssen die Mitgliedstaaten die GRC beachten. Laut BVerfG sind die deutschen Behörden und Gerichte bei der Durchführung des Unionsrechts *allein* an die Unionsgrundrechte gebunden, so dass in diesen Fällen eine Verfassungsbeschwerde unzulässig ist. Nur dort, wo EU-Richtlinien den deutschen Organen einen Spielraum bei Umsetzung und Vollzug gewähren, gelten die deutschen Grundrechte zusätzlich.⁴²²

2. Bindung Privater

Durch die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 14 EMRK werden **nur die Vertragsstaaten, nicht aber Private unmittelbar verpflichtet.**⁴²³ Das ZP 12 entfaltet ebenfalls keine unmittelbare Drittwirkung. Dies folgt aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 ZP 12, der von öffentlichen Behörden spricht. Der Begriff »öffentliche Behörde« entspricht demjenigen in Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 EMRK und umfasst neben den Verwaltungsbehörden auch die Gerichte und den Gesetzgeber.⁴²⁴ Weder Art. 14 EMRK noch das ZP 12 legen den Konventionsstaaten darüber hinaus eine **allgemeine positive Pflicht** auf, präventive Maßnahmen zur Verhinderung oder repressive Maßnahmen zur Entschädigung jeglicher Diskriminierungen durch Private zu ergreifen.⁴²⁵ Jedoch kann sich unter bestimmten Umständen eine solche Schutzpflicht ergeben (→ Rn. 88).

Der allgemeine Gleichheitssatz und die besonderen Diskriminierungsverbote des GG entfalten nach h. M. ebenfalls keine unmittelbare Drittwirkung.⁴²⁶ Das **AGG von 2006**,⁴²⁷ welches die EU RL 2000/78 umsetzte, statuiert ein einfachgesetzliches Diskriminierungsverbot in privatrechtlichen Beziehungen, insbesondere im Erwerbsleben; (zur mittelbaren Bindung Privater an das Gleichbehandlungsgebot über eine staatliche Schutzpflicht → Rn. 88 ff.).

⁴²¹ Vgl. z. B. EuGH Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 19 – *Wachauf*; Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 41 ff. – *ERT*; Rs. C-2/92, Slg. 1994, I-955, Rn. 16 – *Bostock*; Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737, Rn. 37 ff. – *Karlsson*.

⁴²² BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*; BVerfG (K) 2 BvR 1210/98 v. 17. 2. 2000, NJW 2000, 2015 – *Alcan*.

⁴²³ EKMR No. 12597/86, § 1 – *K. W. Haughton* (1987). Hier ging es um eine mutmaßliche Diskriminierung wegen des Geschlechts im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Die britische Bf., die auf einem Fährschiff unter deutscher Flagge als Kassiererin arbeitete, hatte einen Arbeitskollegen wegen sexueller Belästigung bei ihrem Arbeitgeber angezeigt und war daraufhin entlassen worden. Die EKMR stellte fest, dass ein Verstoß des Vertragsstaats selbst nicht in Betracht kam, weil die Bf. keine Umstände dargelegt hatte, aus denen eine Verpflichtung des Vereinigten Königreichs hätte abgeleitet werden können, Diskriminierungen durch private Arbeitgeber zu verhindern.

⁴²⁴ Expl. Rep., Rn. 30.

⁴²⁵ Ebd., Rn. 25: »The Article [Art. 1] is not intended to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons«.

⁴²⁶ Anders zeitweise die Rspr. des BAG. Siehe zum Ganzen *M. Jestaedt/G. Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff. u. 355 ff.

⁴²⁷ Vgl. → Fn. 22.

- 117 In der EU ist die Bindung Privater diversifiziert. Die grundrechtlichen Diskriminierungsverbote aus der **Charta** binden nicht unmittelbar Private.⁴²⁸ Anders verhält es sich mit den **Grundfreiheiten**. Nach der EuGH-Rechtsprechung sind **privatrechtliche Vereinigungen** an die in allen Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverbote wegen der Staatsangehörigkeit unmittelbar gebunden, jedenfalls dann, wenn diese die Bedingungen für die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbständige Arbeit oder die Dienstleistung **kollektiv regeln**.⁴²⁹ Die Bindung Privater über den Kreis besonderer Vereinigungen mit Rechtsetzungsbefugnis hinaus ist etwas unklar. Ausdrücklich angenommen hat der EuGH dies bisher nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit dem Argument, dass die Grundfreiheit eine spezifische Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV darstelle.⁴³⁰ Zumindest implizit wurde somit auch das in Art. 18 AEUV enthaltene sachbereichsallgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen erstreckt.⁴³¹ Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten und des Art. 18 AEUV in privaten Rechtsverhältnissen ist allerdings kritisch zu betrachten. Da hier Grundrechte Dritter (z.B. Vertragsautonomie) betroffen sind, müssen Grundfreiheiten und Grundrechte sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Vorzugswürdig ist daher die von BVerfG, EGMR und EuGH gewählte dogmatische Konstruktion über Schutzpflichten (→ Rn. 79, 88).
- 118 Die sog. »**allgemeinen Grundsätze**« des Unionsrechts können, müssen aber keine Privatbindung entfalten.⁴³² In *Mangold* qualifizierte der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung als »allgemeinen Grundsatz des Gemeinschafts [jetzt Unions-] rechts«, also implizit als Grundrecht (im Einklang mit Art. 21 GRC). Er postulierte, anders als der Generalanwalt,⁴³³ keine unmittelbare Drittwirkung dieses Grundsatzes in privaten Arbeitsrechtsverhältnissen, sondern verlangte lediglich vom nationalen Gesetzgeber, dass das einfache (deutsche) Privatrecht angepasst werden müsse.⁴³⁴
- 119 Dem **Grundsatz der Entgeltgleichheit** für Frauen und Männer gemäß Art. 157 AEUV hat der EuGH seit dem Grundsatzurteil »Defrenne II« von 1976 unmittelbare Drittwirkung zuerkannt. Er begründete dies mit dem »zwingenden Charakter« der Vorschrift.⁴³⁵ Damit sind neben den öffentlichen Arbeitgebern **die Tarifparteien und auch alle privaten Arbeitgeber** an diesen Grundsatz gebunden.

⁴²⁸ Odendahl (Fn. 116), 1191; Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbotes (Fn. 271), 482; Hölscheidt, in: Meyer, 337f.

⁴²⁹ Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 16, 19f. – Walrave und Koch; Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 82ff. – Bosman. Zur Dienstleistungsfreiheit Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 98 – Laval un Partneri; zur Niederlassungsfreiheit Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 33–37 – ITF v. Viking.

⁴³⁰ EuGH Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 29–36 – Angonese; Rs. C-94/07, 17.7.2008, Rn. 40–48 – Andrea Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V. mit Anm. von R. Repasi, EuZW 2008, 532ff.

⁴³¹ Aus der Literatur z.B. Odendahl (Fn. 116), 1203f.

⁴³² Classen, Freiheit und Gleichheit im öffentlichen Recht (Fn. 116), 639.

⁴³³ EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 84 – Mangold (GK), Schlussanträge GA Tizzano.

⁴³⁴ EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75–78 – Mangold (GK). Im Streitfall ging es um § 14 Abs. 3 TzBfG.

⁴³⁵ EuGH Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Rn. 38f. – Defrenne II.

Eine andere Frage ist die unmittelbare Bindung Privater an die sonstigen in den **Antidiskriminierungsrichtlinien**⁴³⁶ enthaltenen Diskriminierungsverbote. Diese gelten explizit »für alle Personen in öffentlichen und in privaten Bereichen.«⁴³⁷ Jedoch sind Richtlinien besondere Rechtsinstrumente, welche die Mitgliedstaaten zur Umsetzung in nationales Recht verpflichten. Die angeordnete Geltung für den Privatbereich bedeutet also lediglich, dass die Mitgliedstaaten Gesetze erlassen müssen, die auch den Privatbereich erfassen müssen. Eine dogmatisch getrennt zu beurteilende Frage ist die der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung im Fall der Nichtumsetzung durch einen Mitgliedstaat auch zulasten einer Privatperson.⁴³⁸ Die neuere Rechtsprechung deutet auf eine Privatwirkung jedenfalls zulasten regelsetzender Verbände hin. So wandte der EuGH das sekundärrechtliche Verbot der Lohndiskriminierung aus der Rahmenrichtlinie 2000/78 direkt auf ein berufsständisches Versorgungssystem an, das die Hinterbliebenenversorgung nur für Ehen, nicht aber für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften vorsah.⁴³⁹

E. Beeinträchtigungen

I. Vorbedingung: Vergleichbare Situation

Eine Beeinträchtigung⁴⁴⁰ des Rechts aus Art. 14 EMRK setzt voraus, dass der Regelungsbereich eines Freiheitsrechts eröffnet ist (→ Rn. 33). Außerdem muss die Situation des Bf. vergleichbar sein mit derjenigen der Personen, auf deren Andersbehandlung er verweist (Erfordernis der »comparable situation«; »analogous situation«; »relevantly similar situation«). **Wenn es an der vergleichbaren Situation fehlt, liegt bereits tatbestandlich keine Ungleichbehandlung vor.** Es kommt dann auf eine Rechtfertigung gar nicht mehr an. Die Darlegungslast für die Vergleichbarkeit der Situation trägt der Bf.⁴⁴¹

⁴³⁶ Vgl. → Fn. 245.

⁴³⁷ So explizit Art. 3 RL 2000/43; Art. 3 Rahmenrichtlinie 2000/78. Siehe für die Gleichbehandlung RL 2006/54 explizit Art. 14; implizit Art. 4 und 17.

⁴³⁸ Prinzipiell lehnt der EuGH eine unmittelbare Verpflichtung von Privaten aus Richtlinienbestimmungen ab (EuGH Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 48 – *Marshall*).

⁴³⁹ EuGH Rs. C-267/06, 1. 4. 2008, 34 ff. – *Maruko*. Der EuGH stellte fest, dass die Regelung in den Anwendungsbereich der RL 2000/78 fiel und postulierte eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung, falls der deutsche Gesetzgeber die Lebenspartnerschaft der Ehe soweit angenähert habe, dass beide Institute miteinander vergleichbar sind. (Dies dürfte in Deutschland der Fall sein, siehe insb. § 46 Abs. 4 SGB VI, der die Lebenspartnerschaft bei der Witwer- und Witwenrente der Ehe gleichstellt). In EuGH Rs. C-147/08, 10. 5. 2011, § Rn. 45, 52 – *Römer*, besteht die Leistung – im Gegensatz zur Rechtssache *Maruko*, bei der es sich um eine Hinterbliebenenrente handelte – in Zusatzversorgungsbezügen, die von der Freien und Hansestadt Hamburg an ehemalige Arbeitnehmer gezahlt wurden. Ein in einer Lebenspartnerschaft lebender Versorgungsempfänger erhielt gemäß § 10 Abs. 6 Erstes Ruhegeldgesetz Zusatzversorgungsbezüge in geringerer Höhe als ein nicht dauernd getrennt lebender verheirateter Versorgungsempfänger. S. Hierzu J. Cornides, *Three Case-Studies on »Anti-Discrimination«*, EJIL 2012, 517–542.

⁴⁴⁰ Der Begriff der »Beeinträchtigung« von Gleichheitsrechten bzw. Rechten auf Nichtdiskriminierung passt auf diese modalen Rechte ohne sachlich umgrenzten Schutzbereich besser als »Eingriff«. Siehe für diese Terminologie auch *Odendahl* (Fn. 116), 1149; *Rengeling/Szcekalla*, 692.

⁴⁴¹ EGMR No. 12033/86, A 192, §§ 60 f. – *Fredin* (No. 1): Aufgrund einer Gesetzesänderung wurde ein einziges Kiesgrubenunternehmen geschlossen. Dessen Betreiber *Fredin* hatte nicht zeigen

1. Kasuistik

- 122 **Beispiele der fehlenden Vergleichbarkeit:** Inlands- und Auslandssachverhalte sind in der Regel nicht vergleichbar, weil sie unterschiedlichen Hoheitsgewalten unterliegen.⁴⁴² Somit fehlte es an der Vergleichbarkeit der Situation von Rentnern mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat (hier das Vereinigte Königreich) und solchen, die nach dem Umzug in ein anderes Land (Südafrika) ihre Rente aus dem Vereinigten Königreich beziehen.⁴⁴³ Niederländische Staatsangehörige mit Wohnsitz auf den niederländischen Antillen oder Aruba sind nicht in einer vergleichbaren Situation wie Niederländer mit Wohnsitz außerhalb des Königreichs. Weil erstere in den regionalen Parlamentswahlen der Inseln wahlberechtigt sind, ist ihr Ausschluss von den Wahlen zum niederländischen Parlament nicht diskriminierend.⁴⁴⁴
- 123 **Berufsleben:** Personen mit einer Pensionsberechtigung aus ihrem russischen Militärdienst sind nicht vergleichbar mit sonstigen Pensionsberechtigten.⁴⁴⁵ Rechtsanwälte und Notare sind nicht in einer vergleichbaren Situation wie sonstige Personen mit juristischer Ausbildung.⁴⁴⁶ Anwaltsanwärter und sonstige Juristen sind von vornherein in einer anderen Situation. Eine unterschiedliche Entlohnung ist deshalb irrelevant.⁴⁴⁷ Im Fall *Valkos* schien der EGMR es prinzipiell abzulehnen, die Vergleichbarkeit der Berufe Luftwaffenpilot mit hohen Staatsbediensteten wie Regierungsmitgliedern und Verfassungsrichter zu beurteilen, da er die Einstufung (inklusive der Pensionsberechtigung) für eine *policy*-Entscheidung des Staates hielt.⁴⁴⁸ Unternehmen, die enteignet wurden und solche, die aufgrund eines anderen Gesetzes zwangsverkauft wurden, sind nicht »ausreichend analog, um den Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK zu eröffnen«.⁴⁴⁹
- 124 **Bildung und Medien:** Religionsunterricht und Sexualkundeunterricht sind nicht vergleichbar, weil ersterer nicht nur Wissen, sondern auch Glaubenssätze vermittelt. Die fehlende Befreiungsmöglichkeit vom Sexualkundeunterricht ist somit keine Ungleichbehandlung.⁴⁵⁰ Das »Little Red Schoolbook« war nicht vergleichbar mit Pornohäften, da diese prinzipiell nicht für Kinder bestimmt sind.⁴⁵¹ Presse und Parlamentarier sind nicht in einer vergleichbaren Situation, weil ihre jeweiligen Rechte und Pflichten ganz unterschiedlich sind (die Presse ist kein Staatsorgan, und sie ist nicht für

können, dass er in einer vergleichbaren Situation wie andere Unternehmer war, deren Bewilligungen nicht aufgehoben worden waren. Mangels Vergleichbarkeit lag keine Diskriminierung vor.

⁴⁴² EGMR No. 13166/87, A 217, § 58 – *Sunday Times* (No. 2) (Pl.).

⁴⁴³ EGMR No. 42184/05, Rep. 2010, §§ 83–89 – *Carson u. a.* (GK). Der Gerichtshof neigte ferner dazu, die Situation britischer Pensionäre, die in ausländischen Staaten ohne Staatsabkommen mit dem VK zur Anpassung der Rente leben (»frozen countries«) und solchen, die in Staaten leben, mit denen ein Anpassungsvertrag geschlossen wurde, für unvergleichbar zu halten (ibid., § 79f.).

⁴⁴⁴ EGMR Nos. 17173/07 u. 17180/07 – *Sevinger u. Eman* (Zul.) (2007).

⁴⁴⁵ EGMR Nos. 14480/08 u. 47916/08 § 66 – *Tarkoev* (2010).

⁴⁴⁶ EGMR No. 31950/06 §§ 60–65 – *Graziani-Weiss* (2011).

⁴⁴⁷ EGMR No. 8919/80, A 70, § 46 – *van der Mussele* (Pl.).

⁴⁴⁸ EGMR No. 2033/04 u. a. – *Valkov u. a.* (2011).

⁴⁴⁹ EGMR No. 9006/80 u. a., A 102, §§ 188f. – *Lithgow* (Pl.). Siehe auch EGMR No. 14902/04, § 615 – *OA O Neftyanaya Kompaniya Yukos* (2012) zur Vergleichbarkeit verschiedener Unternehmen in Bezug auf Vorwürfe des Steuerbetrugs.

⁴⁵⁰ EGMR No. 5095/71 u. a., A 23, § 56 – *Kjeldsen u. a.*

⁴⁵¹ EGMR No. 5493/72, A 24, § 66 – *Handyside* (Pl.). Näher zu diesem Fall → Rn. 172.

Gesetzgebung zuständig). Also lag keine Ungleichbehandlung darin, dass ein *Sunday Times*-Artikel über ein anhängiges Gerichtsverfahren wegen des Grundsatzes des »*contempt of court*« verboten wurde, wohingegen anhängige Gerichtsverfahren in Parlamentsdebatten öffentlich diskutiert werden durften.⁴⁵² Nicht vergleichbar sind Presse und Fernsehen hinsichtlich der Berichterstattung über Sportveranstaltungen. Es ist deshalb zulässig, die Werbung in beiden Medien unterschiedlich zu regulieren.⁴⁵³ Staatlich subventionierte Literatur mit möglicherweise romafeindlichen Untertönen ist nicht vergleichbar mit der Behandlung von Roma in Bezug auf Bildung, Wohnung und Wahlen.⁴⁵⁴

Wohnung: Ehepaare, die in England höher besteuert wurden als unverheiratete Paare, waren nach Ansicht der Kommission nicht mit der letzteren Gruppe vergleichbar, weil sie ein anderes Rechtsregime gewählt hatten.⁴⁵⁵ Irische Ehepaare mit Wohnsitz in Irland, wo keine Scheidung möglich ist, sind anders situiert als Iren mit Wohnsitz im Ausland, die sich nach ausländischem Recht scheiden lassen können.⁴⁵⁶ Das Zusammenleben verheirateter oder eingetragener Paare ist nicht mit anderen Lebensgemeinschaften (z.B. von Geschwistern) vergleichbar, weil sich nur erstere bewusst für ein besonderes Rechtsregime ihrer Partnerschaft entschieden haben, das überdies Blutsverwandten gerade verschlossen ist.⁴⁵⁷ Gleichmaßen ist freundschaftliches Zusammenleben nicht vergleichbar mit Verwandtschaft, so dass die Verweigerung eines Wohnrechts für den Hinterbliebenen nicht das Diskriminierungsverbot verletzt.⁴⁵⁸ Mieter von Wohnhäusern im Eigentum einer örtlichen Behörde (»*secure tenants*«) und private Hauseigentümer sind nicht in einer vergleichbaren Lage, weil nur erstere in speziellen Rechtsbeziehungen zur Gebietskörperschaft stehen. Die Videoüberwachung einer Mieterin, gestützt auf eine Klausel im Mietvertrag, war demnach nicht diskriminierend.⁴⁵⁹ 125

Justizwesen: Ausländische Straftäter sind nicht vergleichbar mit inländischen Straftätern, weil viele Staaten ihre eigenen Staatsangehörigen grundsätzlich nicht ausweisen oder ausliefern. Die Möglichkeit der Ausweisung bzw. Auslieferung ausländischer Delinquenten stellt deshalb keine Ungleichbehandlung wegen der nationalen 126

⁴⁵² EGMR No. 6538/74, A 30, §§ 69–72 – *Sunday Times (No. 1) (Pl.)*. Näher zu diesem Fall → Rn. 172.

⁴⁵³ EGMR No. 26935/05, § 80 – *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson* (2009); No. 13353/05, § 65 – *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy* (2009).

⁴⁵⁴ EGMR Nos. 4149/04 u. 41029/04, Rep. 2012, § 45 – *Aksu (GK)*.

⁴⁵⁵ EKMR No. 11089/84, DR 49, 181 (191f.) – *Lindsay (Pl.)*.

⁴⁵⁶ EGMR No. 9697/82, A 112, §§ 60f. – *Johnston u. a. (Pl.)*. Die Verneinung der Vergleichbarkeit durch den Gerichtshof erscheint hier zirkulär, denn sie wurde damit begründet, dass die beiden Vergleichspaare rechtlich unterschiedlich behandelt wurden (was gerade die Beschwer war), *Bayefsky*, 13.

⁴⁵⁷ EGMR No. 13378/05, §§ 60–66 – *Burden (GK)* (2008). Die erbschaftssteuerrechtliche Schlechterstellung einer überlebenden Schwester war deshalb keine Diskriminierung. Vgl. auch EGMR No. 28456/03, § 90 – *Korelc* (2009). Diese Argumentation stützt sich bedenklich stark auf die Institutionalisierung von Beziehungen nach dem nationalem Recht (kritisch *Altwickler*, 166–68).

⁴⁵⁸ EGMR No. 28456/03, § 92 – *Korelc* (2009).

⁴⁵⁹ EGMR No. 63608/00 – *Martin (Zul.)* (2003). Siehe auch EGMR No. 78031/01 – *Spath Holme Ltd (Zul.)* (2002): Hauseigentümer, die in einem stark regulierten System vermieteten (»*regulated tenancies*«), waren nicht vergleichbar mit Hauseigentümern, die dem später eingeführten Regime der Mietpreisbindung (»*assured rent*«) unterlagen.

Herkunft dar.⁴⁶⁰ Inländer und im Ausland ansässige Personen (hier: Zeitungsverlage) sind in Bezug auf eine gerichtliche einstweilige Anordnung nicht in vergleichbarer Position, weil letztere nicht der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen sind.⁴⁶¹ Soldaten sind nicht vergleichbar mit Zivilisten, so dass spezielle Strafnormen für das Militär und weniger Verfahrensgarantien im Militärdisziplinarverfahren als im gewöhnlichen Strafverfahren keine relevante Ungleichbehandlung darstellen.⁴⁶² Die Opfer eines Vorsatzdeliktes und Opfer eines Fahrlässigkeitsdeliktes sind nicht in einer analogen Situation.⁴⁶³

- 127 **Familie:** Die Position des Vaters gegenüber dem ungeborenen Kind ist nicht vergleichbar mit der Lage der Mutter in Bezug auf eine Entscheidung über einen Schwangerschaftsabbruch.⁴⁶⁴ Ein außenstehender Mann, der behauptet, der biologische Vater eines in der Ehe geborenen Kindes zu sein, ist nicht in einer vergleichbaren Situation wie die Mutter. Er kann deshalb keine Diskriminierung geltend machen, wenn ihm – im Gegensatz zur Mutter – kein Recht zur Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes eingeräumt wird.⁴⁶⁵ Jedoch ist die Situation des gesetzlich vermuteten (Schein-)Vaters, also des Ehemanns, vergleichbar mit der interessierter Dritter. Dem Ehemann müssen demnach ähnliche Anfechtungsmöglichkeiten eingeräumt werden.⁴⁶⁶

- 128 Der erste Fall, in dem die **Vergleichbarkeit der Situation** problematisiert und schließlich **bejaht** wurde,⁴⁶⁷ war ersichtlich der Fall *Marckx*. Hier hatte der beklagte Staat Belgien argumentiert, dass Verheiratete und ledige Mütter verschieden situiert seien, weil Alleinstehende eher geneigt seien, das Kind wegzugeben. Dieses Argument wurde vom Gerichtshof nicht akzeptiert.⁴⁶⁸ Implizit ging es bereits in der vor *Marckx* entschiedenen Staatenbeschwerde *Irland v. Vereinigtes Königreich* um die Vergleichbarkeit. Hier stellte der Gerichtshof »tiefgreifende Unterschiede zwischen republikanischem und loyalistischem Terrorismus« fest,⁴⁶⁹ prüfte aber dennoch, ob die Inanspruchnahme außerordentlicher Festnahme-, Haft- und Internierungsbefugnisse ausschließlich gegenüber potentiellen IRA-Mitgliedern und nicht gegenüber sonstigen

⁴⁶⁰ Zur Ausweisung EGMR No.12313/86, A 193, §§48f. – *Moustaquim*; zur Auslieferung No.38704/03 – *Veermäe (Zul.)* (2004).

⁴⁶¹ EGMR No.13585/88, A 216, §72 – *Observer u. Guardian*; No.13166/87, A 217, §84 – *Sunday Times (No. 2) (Pl.)*.

⁴⁶² EGMR No.5100/71 u. a., A 22, §§73, 92 – *Engel u. a. (Pl.)*.

⁴⁶³ EGMR Nos. 22083/93 u. 22095/93, Rep. 1996-IV, §§49, 69, 70–74 – *Stubbings*. Nach britischem Recht begann die dreijährige Verjährungsfrist für zivilrechtliche Ansprüche auf Schadenersatz wegen »personal injuries« aufgrund der Anspruchsgrundlagen »negligence, nuisance, or breach of duty« erst, sobald der Kläger wusste, dass die Verletzung »significant« und dem Beklagten zuzurechnen ist. Diese Verjährungshemmung wurde Opfern einer »negligently inflicted personal injury« nicht gewährt. Dennoch schied mangels vergleichbarer Situation eine Diskriminierung des Vergewaltigungsopfers von vornherein aus.

⁴⁶⁴ EKMR No.17004/90, DR 73, 155 (171) – *H v. Norwegen*.

⁴⁶⁵ EGMR No.27110/95, Rep.1999-VI, 361 (378) – *Nylund*. Offengelassen wurde die Vergleichbarkeit von Ehemann und Mutter in EGMR No.8777/79, A 87, §37 – *Rasmussen*.

⁴⁶⁶ EGMR No.26111/02, Rep.2006-I, §131 – *Mizzi*.

⁴⁶⁷ Weitere Beispiele bei *Peukert*, in: Frowein/Peukert, Art. 14 Rn. 9ff.

⁴⁶⁸ EGMR No.6833/74, A 31, §§38f. – *Marckx (Pl.)*. Anmerkungen von M. Bossuyt, RBDi 15 (1980), 53ff.; F. Sturm, FamRZ 1982, 1150ff.

⁴⁶⁹ EGMR No.5310/71, A 25, §228 – *Irland v. Vereinigtes Königreich (Pl.)*.

mutmaßlichen (loyalistischen) Terroristen oder anderen Strafverdächtigen ein legitimes Ziel hatte und verhältnismäßig war.

Weitere Beispiele vergleichbarer Gruppen: Eigentümer von Wohnraum und von sonstigen Gebäuden;⁴⁷⁰ Mieter eines staatseigenen Hauses und Mieter von Häusern privater Eigentümer;⁴⁷¹ Ausländer und eigene Staatsangehörige in Bezug auf die Arbeitslosenversicherung, zu welcher auch der Ausländer Beiträge gezahlt hat;⁴⁷² Mitglieder verschiedener Militärbattalione mit und ohne konkret bevorstehendem Auslandseinsatz;⁴⁷³ unverheiratete kinderlose Frauen über 45 Jahre und unverheiratete Männer über 45;⁴⁷⁴ Väter und Mütter in Bezug auf die Betreuung eines über acht Wochen alten Säuglings (es ging um bezahlten Elternurlaub nur für Mütter);⁴⁷⁵ nicht anerkannte Kinder und solche, die in einer rechtlich anerkannten Beziehung zum Vater standen (entweder aufgrund ehelicher Geburt oder durch Anerkennung);⁴⁷⁶ getrennt lebende verheiratete, geschiedene und ledige Väter in Bezug auf das Verhältnis zu ihren Kindern;⁴⁷⁷ verheiratete und unverheiratete Häftlinge hinsichtlich der Erlaubnis zu Telefonaten mit Lebenspartnerinnen;⁴⁷⁸ Gefängnisinsassen und freie Bürger in Bezug auf die medizinische Versorgung durch den Staat.⁴⁷⁹ Pflichtarbeit im Gefängnis und Arbeit aufgrund eines Arbeitsvertrages;⁴⁸⁰ Untersuchungshäftlinge und Strafgefangene.⁴⁸¹

129

2. Rechtsvergleich

In Bezug auf Art. 3 GG prüft das BVerfG in der Regel nicht explizit, ob eine analoge Situation vorliegt.⁴⁸² Ein **funktionales Äquivalent** zu dieser Prüfung ist jedoch vorhanden. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG setzt nämlich nach der Rechtsprechung voraus, dass die Sachverhalte »wesentlich« (also in relevanter Hinsicht) gleich bzw. vergleichbar sind: »Der Gleichheitssatz verbietet, wesentlich Gleiches ungleich, und gebietet, wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln.«⁴⁸³ Als nicht wesentlich gleich wurden etwa Richter, Rechtspfleger, Urkundsbeamten,

130

⁴⁷⁰ EGMR No. 12868/87, A 315-B, 17, § 45 – *Spadea u. Scalabrino*.

⁴⁷¹ EGMR No. 29515/95, Rep. 1999-I, § 30 – *Larkos*.

⁴⁷² EGMR No. 17371/90, Rep. 1996-IV, § 48 – *Gaygusuz*.

⁴⁷³ EGMR No. 8805/79 u. a., A 77, 27, § 62 – *De Jong u. a.*

⁴⁷⁴ EGMR No. 20060/92, Rep. 1997-I, § 40 – *Van Raalte*.

⁴⁷⁵ EGMR No. 20458/92, Rep. 1998-II, § 36 – *Petrovic*.

⁴⁷⁶ EGMR No. 28369/95, Rep. 2000-X, § 36 – *Camp u. Bourimi*.

⁴⁷⁷ Der nichteheliche Vater ist in Bezug auf Steuerermäßigungen wegen Kindesunterhaltszahlungen in einer vergleichbaren Situation wie der geschiedene oder getrennt lebende Ehemann (EGMR No. 6638/03, §§ 26 f. – *P. M. v. V. K.* [2005]).

⁴⁷⁸ EGMR No. 15197/02, § 53 – *Petrov* (2008).

⁴⁷⁹ EGMR No. 23800/06, §§ 13 f. – *Shelley (Zul.)* (2008).

⁴⁸⁰ EGMR No. 37452/02, Rep. 2011, §§ 91–95 – *Stummer (GK)* (trotz Zwangscharakter, unterschiedlicher Zielsetzung und Entlohnung).

⁴⁸¹ EGMR No. 31827/02 – *Laduna* (2011).

⁴⁸² Siehe jedoch z. B. BVerfG (K) 2 BvR 1476/01, Abs. 8, BVerfGK 2, 131 (fehlende Vergleichbarkeit von Beschäftigten innerhalb und außerhalb des öffentlichen Dienstes); BVerfG (K) 2 BvR 1830/06, Abs. 14, BVerfGK 13, 501, (fehlende vergleichbare Situation zwischen Ehegatten und Lebenspartnern im Recht des öffentlichen Dienstes, Verweigerung des beamtenrechtlichen Familienzuschlags keine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG).

⁴⁸³ St. Rspr., s. aus neuer Zeit z. B. BVerfG (K) 1 BvR 19/07, Abs. 9. Ferner ist die Anwendbarkeit

Sachverständige und Dolmetscher einerseits und Gerichtsvollzieher andererseits qualifiziert.⁴⁸⁴ Die Erwerbsunfähigkeitsrente gilt als nicht vergleichbar mit anderen Zweigen der Sozialversicherung, etwa der gesetzlichen Unfallversicherung, in Bezug auf die Berücksichtigung von Arbeitseinkommen bei der Bemessung von Leistungen.⁴⁸⁵ Nie vergleichbar im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG ist die Situation von Personen vor und nach einer Rechtsänderung, denn diese Andersbehandlung ist jeder Rechtsänderung eigen.⁴⁸⁶

- 131 In der gleichen Logik konstruierte die frühe BVerfG-Rechtsprechung bei Art. 3 Abs. 2 GG eine (ungeschriebene) Tatbestandseinschränkung, »wenn der biologische Geschlechtsunterschied den Lebenssachverhalt so entscheidend prägt, dass etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten. Auch dann sind für eine natürliche Auffassung vergleichbare Tatbestände nicht mehr gegeben, so dass die verschiedene Behandlung von Mann und Frau mit den in Art. 3 Abs. 3 GG gebrauchten Begriffen »Benachteiligen« und »Bevorzugen« nicht mehr sinnvoll zu erfassen ist.«⁴⁸⁷ Noch heute wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit biologisch angeknüpfter rechtlicher Differenzierungen überwiegend definitorisch beantwortet: In Situationen wie Defloration, Schwangerschaft und Geburt soll es am Bezugspunkt bzw. gemeinsamem Oberbegriff zwischen Männern und Frauen in der zu regelnden Situation fehlen, weil der Sachverhalt, der an Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG gemessen werden soll, überhaupt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann. Der Gleichheitssatz ist folglich nicht anwendbar.⁴⁸⁸ Auch der allgemeine Gleichheitssatz und die Diskriminierungsverbote im EU-Recht setzen vergleichbare Sachverhalte voraus.⁴⁸⁹ Entsprechend der wirtschaftlichen Zielsetzung der Diskriminierungsverbote prüft der EuGH, ob die Produkte austauschbar sind und somit im Wettbewerb stehen.⁴⁹⁰ Schließlich prüft auch der UN-Menschenrechtsausschuss vorab die Vergleichbarkeit.⁴⁹¹

des Art. 3 GG auf den gleichen Hoheitsträger innerhalb des föderalen Staates beschränkt; denn ansonsten fehlt ein verfassungsrechtlich relevanter Vergleichsfall.

⁴⁸⁴ BVerfG (K) 1 BvR 2526/04, Abs. 4.

⁴⁸⁵ BVerfG (K) 1 BvR 154/05, Abs. 12.

⁴⁸⁶ BVerfG (K) 2 BvR 1339/06, Abs. 40.

⁴⁸⁷ BVerfGE 6, 389 (423) (rechtfertigte die Strafbarkeit männlicher [nicht weiblicher] Homosexualität); s. a. BVerfGE 10, 59 (74). BVerfGE 36, 41 (45) wiederholt, dass »als Vergleichsfall die weibliche Homosexualität« nicht in Betracht komme, weil »die qualitative Unvergleichbarkeit der männlichen und der weiblichen Homosexualität gerade auch im Hinblick auf die Gefährdung Jugendlicher« feststehe. S. zur mangelnden Vergleichbarkeit auch BVerfGE 15, 337 (343); 37, 217 (249 f.).

⁴⁸⁸ Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 164; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 98. Kritisch Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 275.

⁴⁸⁹ S. etwa EuGH Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923, Rn. 37–39 – *Spanien v. Kommission*; Rs. C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rn. 31 – *Finanzamt Köln-Alstadt v. Roland Schumaker* (Gebietsansässige und Gebietsfremde sind im Hinblick auf die direkten Steuern nicht vergleichbar).

⁴⁹⁰ EuGH verb. Rs. 117/76 u. 16/77, Slg. 1977, 1753, Rn. 7 f. – *Ruckdeschel*; Rs. 125/77, Slg. 1978, 1991, Rn. 28/32 – *Koniglijke Scholten-Honig NV* (zu Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV).

⁴⁹¹ UN-Menschenrechtsausschuss, Mitteil. Nr. 1164/2003, § 7.2. – *Abad Castell-Ruiz et al. v. Spanien* (2006) (fehlende Vergleichbarkeit von zwei verschiedenen Gruppen von Ärzten, keine Verletzung von Art. 26 IPbPR).

3. Würdigung

Die Frage des EGMR nach einer analogen Situation liegt – genau wie die Frage des BVerfG nach der wesentlichen Gleichheit – in der relationalen Struktur des Gleichheits- und des Nichtdiskriminierungsgebots begründet und ist letztlich die Frage nach dem Bezugspunkt des Vergleichs (*tertium comparationis*). Jedoch kann die Festlegung der maßgeblichen Vergleichsgruppe (»comparator«) das Ergebnis der Prüfung determinieren.⁴⁹² Ob zwei Situationen vergleichbar bzw. analog sind, ist eine Wertungsfrage. Unter irgendeinem Gesichtspunkt sind Situationen immer vergleichbar – es kommt nur darauf an, ob das *tertium comparationis* als relevant gewertet wird.⁴⁹³ Diese Wertung hängt unter anderem vom Kontext und von der Zielsetzung des Vergleichs ab. Diese Faktoren berücksichtigt der EGMR erst auf der Rechtfertigungsebene. Außerdem stützt sich die Feststellung der Vergleichbarkeit zwangsläufig auf Aspekte (Unterschiede und Gemeinsamkeiten), die auch in der Rechtfertigungsprüfung berücksichtigt werden.⁴⁹⁴ Es wäre deshalb dogmatisch schlüssig, die Ebenen nicht zu vermischen und den Vergleichbarkeitstest auf die Rechtfertigungsstufe zu verlagern.⁴⁹⁵ Eine nur entfernte Vergleichbarkeit würde dazu führen, dass die Ungleichbehandlung eher zu rechtfertigen wäre. Die Prüfung auf der Rechtfertigungsebene würde auch den Rechtsschutz verbessern. Die Vorschaltung eines Vergleichbarkeitstests birgt die Gefahr, ohne Reflexion und Offenlegung der erforderlichen Wertung eine differenzierte Prüfung der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von vornherein zu blockieren. Die geschützten Interessen und die Ziele der Gesetzgebung werden auf diese Weise nicht oder nur oberflächlich gewürdigt.⁴⁹⁶

II. Die Differenzierungskriterien im Einzelnen

Es muss eine Ungleichbehandlung (distinction) vergleichbarer Sachverhalte oder – in Ausnahmefällen – auch eine Gleichbehandlung relevant verschiedener Sachverhalte wegen eines der aufgezählten oder eines ungeschriebenen Merkmals erfolgt sein (→ Rn. 19 ff.).

Fallen in einer Person mehrere Differenzierungskriterien zusammen (z.B. Geschlecht, Religion und ethnische Herkunft bei einer türkischstämmigen Frau mit islamischem Kopftuch), so kann es zu einer **Mehrfachdiskriminierung** in Form einer **additiven** oder einer **intersektionellen Diskriminierung** kommen.⁴⁹⁷ Die Anti-Diskrimi-

⁴⁹² EGMR No. 5632/07 §§ 41–42 – *Bah*: Die Vergleichsgruppe bestand hier aus Personen mit einem Kind mit einem gesicherten Aufenthaltsstatus, anders als Frau *Bah* mit ihrem Kind).

⁴⁹³ Vgl. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, 122: »Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit«.

⁴⁹⁴ K. Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2007, 367.

⁴⁹⁵ So auch Altwickler, 177; für Art. 3 GG Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 82; allgemein Somek (Fn. 228), 437. A. A. Sachs, Art. 14 EMRK (Fn. 94), 350 f., der das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK für nicht rechtfertigungsfähig hält und folglich alle Probleme über den Vergleichbarkeitstest als Tatbestandsausschluss lösen will. Kritisch auch Gerards, 19–28 (fordert alternativ einen »disadvantage test«); A. McColgan, Cracking the Comparator Problem: Discrimination, »Equal« Treatment, and the Role of Comparisons, EHRLR 11 (2006), 650–677.

⁴⁹⁶ Willem/van Hoof, in: Van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, 1036.

⁴⁹⁷ Eine »additive Diskriminierung« liegt vor, wenn sich Diskriminierungen wegen verschiedener Merkmale nacheinander summieren. Von »intersektioneller Diskriminierung« spricht man, wenn die

nierungsrichtlinien der EU erwähnen das Phänomen der Mehrfachdiskriminierung nur in den Erwägungsgründen. Das AGG geht darüber hinaus, indem es in einem solchen Fall verlangt, dass sich die gesetzlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe auf alle relevanten Differenzierungskriterien erstrecken müssen.⁴⁹⁸ Während die additive Diskriminierung mit der herkömmlichen Dogmatik zu bewältigen ist, gibt es für die mit der intersektionellen Diskriminierung verbundenen Probleme noch keine befriedigende Lösung.⁴⁹⁹ Sowohl der EGMR als auch das BVerfG haben sich – trotz des Vorliegens mehrerer Differenzierungsmerkmale in einigen Fällen – bisher nicht mit dem Problem der Mehrfachdiskriminierung befasst.⁵⁰⁰ Das gilt bisher auch für den EuGH.⁵⁰¹ Dies wird sich angesichts der Ausweitung der Anti-Diskriminierungsgesetzgebung und eines wachsenden Problembewusstseins ändern müssen.

1. Explizit aufgeführte Differenzierungskriterien

a) Geschlecht

aa) Strenger Prüfungsmaßstab

- 135 Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hat in der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG – ihrer gesellschaftlichen Relevanz entsprechend – eine wichtige Rol-

Diskriminierung die Angehörigen einer Gruppe von Personen betrifft, die zwei oder mehrere Merkmale aufweisen, wobei die Diskriminierung auf das Zusammenspiel dieser Merkmale zurückzuführen ist. Dazu Z. Cetin, Homophobie und Islamophobie: Intersektionale Diskriminierungen am Beispiel binationaler schwuler Paare in Berlin, 2012; V. Chege/V. Asaba, Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity, 2011; J. Jacob/S. Köbsell/E. Wollrad, Gendering disability: Intersektionale Aspekte von Behinderung und Geschlecht, 2010; E. Holzleithner, Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs, in: U. Hormel/A. Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, 95 ff.; S. Fredman, Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law, EADLR 2 (2005), 13 ff. (14); J. Gerards, Discrimination Grounds, in: Schiek/Waddington/Bell, Non-Discrimination Law (Fn. 41), 170 ff.; D. Schiek/V. Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, 2009; D. Schiek/A. Lawson (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination, 2011.

⁴⁹⁸ D. Schiek, in: dies. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 4 Rn. 2 ff.

⁴⁹⁹ Schiek, in: AGG-Kommentar (Fn. 498), § 4 Rn. 2 mit Verweis auf Urteile des US Supreme Ct. und britischer Gerichte (Rn. 7 f.).

⁵⁰⁰ So hat der EGMR in No. 9214/80 u. a., A-94, §§ 74 ff. – *Abdulaziz u. a. (Pl.)* die relevanten Differenzierungsmerkmale Geschlecht, Rasse und Geburt hintereinander geprüft, ohne auf mögliche Auswirkungen der Kumulation dieser Merkmale einzugehen. Die »Kopftuchfälle« sind von beiden Gerichten zuvörderst unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die Religionsfreiheit behandelt worden. Vgl. EGMR No. 42393/98 – *Dahlab* (2001), wo der Gerichtshof eine Diskriminierung wegen des Geschlechts zu Unrecht verneinte; No. 44774/98, Rep. 2005-XI – *Şahin v. Türkei* (GK) sowie BVerfGE 108, 282. Dazu E. Holzleithner, Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierungen – Herausforderungen für das Europarecht, in: K. Arioli u. a. (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, 2008, 305 (311 ff.). Der CEDAW-Ausschuss hat erstmal 2011 in einem Individualbeschwerdeverfahren eine Mehrfachdiskriminierung angenommen, UN Doc. CEDAW/C/49/D/17 v. 27. 9. 2011, No. 17/2008, § 7.7 – *Da Silva Pimentel Teixeira v. Brasilien*.

⁵⁰¹ Vgl. zur Rspr. in den Mitgliedstaaten der EU die von der Kommission in Auftrag gegebene Studie »Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung«, 2007, 19 ff., die zu dem Ergebnis kommt, dass weitere Forschungsanstrengungen erforderlich seien (28).

le gespielt.⁵⁰² Dabei lassen sich **parallele Entwicklungen hin zu einem strengen Prüfungsmaßstab** aufzeigen. In der EMRK gibt es keinen speziellen Gleichberechtigungs- bzw. Gleichstellungsartikel. Das Geschlecht wird in Art. 14 EMRK gleichrangig neben anderen Differenzierungskriterien genannt. Jedoch gibt es Ansätze zu einer strengeren Kontrolle mit höheren Rechtfertigungsanforderungen. So verlangt der EGMR seit der Entscheidung im Fall *Abdulaziz u. a.* (1985) zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts »**besonders schwerwiegende Gründe**«. Er begründet dies mit dem hohen Stellenwert, den die Gleichstellungspolitik in den Mitgliedstaaten des Europarates hat (→ Rn. 138)⁵⁰³ und bezeichnet die Gleichheit der Geschlechter in einem jüngeren Urteil sogar als eines der zentralen Prinzipien der Konvention.⁵⁰⁴ Das BVerfG sieht seit dem *Nachtarbeits-Urteil* (1992) geschlechtsdifferenzierende Regelungen nur noch als gerechtfertigt an, »soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, **zwingend erforderlich** sind«.⁵⁰⁵ Mit dieser Formel wird der Verweis auf biologische Unterschiede mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gekoppelt, wobei in die Abwägung auch die mittelbaren (faktischen) Auswirkungen der Ungleichbehandlung auf die Betroffenen einbezogen werden.⁵⁰⁶ Funktionale Unterschiede können nicht mehr zur Rechtfertigung herangezogen werden.⁵⁰⁷ Damit scheint der Prüfungsmaßstab des BVerfG auf den ersten Blick strenger zu sein als derjenige des EGMR. Aus der Rechtsprechung des EGMR wird allerdings deutlich, dass auch er traditionelle Lebensmuster und Rollenteilungen nicht mehr als Rechtfertigungsgrund akzeptiert.

bb) Beispiele aus der Rechtsprechung von EGMR und BVerfG

Die Rechtsprechung des EGMR zur Diskriminierung wegen des Geschlechts lässt sich grob in folgende **Fallgruppen** einteilen: Ehe und Familie, Berufsleben und Sozialversicherungsrecht sowie öffentliche Dienstleistungs- bzw. Zahlungspflichten.⁵⁰⁸ 136

Ehe und Familie: In *Rasmussen* hatte der Bf. eine geschlechtsspezifische Diskriminierung gerügt, weil nach dem damals geltenden dänischen Recht die **Ehelichkeitsanfechtung eines Kindes** für den Ehemann (Scheinvater) nur befristet, für die Ehefrau und das Kind dagegen unbefristet möglich war. Der EGMR führte nur eine einfache Verhältnismäßigkeitsprüfung durch und verneinte unter Hinweis auf den weiten Einschätzungsspielraum, der dem Staat mangels gemeinsamen Standards im Recht der 137

⁵⁰² Kritischer Überblick über die Rechtsprechung des EGMR: I. Radacic, Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights, EJIL 2008, 841.

⁵⁰³ EGMR No. 9214/80 u. a., A-94, § 78 – *Abdulaziz u. a.* (Pl.); ebenso z. B. EGMR No. 29865/96, Rep. 2004-X, §§ 53, 59 – *Ünal Tekeli*; Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 52 – *Stec u. a.* (GK); No. 42735/02, §§ 34 f. – *Barrow* (2006).

⁵⁰⁴ EGMR No. 44774/98, Rep. 2005-XI, § 107 – *Şahin v. Türkei* (GK).

⁵⁰⁵ BVerfGE 85, 191 (207) – *Nachtarbeitsverbot*; einen Überblick der Rechtsprechung des BVerfG bietet *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1, Rn. 335.

⁵⁰⁶ *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 274.

⁵⁰⁷ BVerfG (K) 2 BvR 1870/07, BVerfGK 14, 381, das die bevorzugte Behandlung weiblicher Strafgefangener in Bezug auf die Möglichkeit des Telefonierens und des Einkaufs von Kosmetika als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wertete.

⁵⁰⁸ Vgl. M. Wittinger, Die Gleichheit der Geschlechter und das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung in der Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 2001, 272 (273 f.); dies., Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz, 1999, 167 ff.

Mitgliedstaaten zukam, einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK. Die Ungleichbehandlung sei im Interesse des Kindes und der Rechtssicherheit gerechtfertigt.⁵⁰⁹ Diese Beurteilung stimmt im Ergebnis mit derjenigen des BVerfG überein, das eine ähnliche Befristung im deutschen Recht lediglich anhand des Willkürverbots überprüfte und einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG verneinte.⁵¹⁰

- 138 In *Abdulaziz u. a.* ging es um die Frage, ob die Regelung des **Zuzugs von Ehegatten** in den britischen Einwanderungsgesetzen gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse (→ Rn. 156), der Geburt (→ Rn. 190) und des Geschlechts verstieß. Ausländischen Ehemännern von in Großbritannien lebenden Frauen wurde der Zuzug verweigert, während ausländische Ehefrauen von in Großbritannien ansässigen Männern ohne Weiteres einreisen konnten. Zur Begründung wurde der Schutz des britischen Arbeitsmarkts in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit angeführt. Diesen Grund hielt der EGMR unter erstmaliger Heranziehung eines strengeren Prüfungsmaßstabs (→ Rn. 135) nicht für ausreichend, um eine Diskriminierung wegen des Geschlechts zu rechtfertigen.⁵¹¹

- 139 Eine Reihe von Fällen gegen die Schweiz betraf das **Namensrecht** in der Ehe. Nach Schweizer Recht wurde traditionell der Name des Mannes Ehe- bzw. Familienname, wenn die Verlobten sich nicht ausdrücklich für den Namen der Frau entschieden. Die Ehefrau durfte ihren Geburtsnamen dem Familiennamen voranstellen. Umgekehrt hatte der Ehemann diese Möglichkeit allerdings nicht. Diese Ungleichbehandlung war nach Ansicht des EGMR nicht durch das Ziel der Wahrung der Einheit des Familiennamens gerechtfertigt, weil die Voranstellung des Mannesnamens diese Einheit genauso sichere wie im umgekehrten Fall.⁵¹² Allerdings stellte der Gerichtshof die Grundentscheidung der Schweiz, die Familieneinheit im Regelfall durch den Familiennamen des Mannes zu dokumentieren, nicht in Frage. Mangels gemeinsamen europäischen Standards gestand er den Staaten einen weiten Einschätzungsspielraum zu und ließ die Bewahrung der durch einen gemeinsamen Familiennamen zum Ausdruck kommenden Familieneinheit als Rechtfertigungsgrund ausreichen.⁵¹³ Diese Grundentschei-

⁵⁰⁹ EGMR No. 8777/79, A 87, §§ 38–42 – *Rasmussen*. In EGMR No. 26111/02, §§ 129 ff. – *Mizzi* (2006) sah der Gerichtshof demgegenüber die in Malta geltende Anfechtungsfrist von drei Monaten ab der Geburt als unverhältnismäßig an; ähnlich No. 10699/05, Rep. 2006-XI, §§ 51 ff. – *Paulik*.

⁵¹⁰ BVerfGE 38, 241 (256 f.); das Gericht prüfte allerdings – anders als der EGMR – nur die Ungleichbehandlung zwischen dem Ehemann (Scheinvater) und dem Kind, wobei es als Prüfungsmaßstab Art. 6 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG heranzog.

⁵¹¹ EGMR No. 9214/80 u. a., A-94, §§ 74–83 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*.

⁵¹² EGMR No. 16213/90, A 280-B, §§ 27–29 – *Burghartz* (1994); die Berufung auf die Tradition, die ohnehin schon durch die Doppelnamenlösung für die Frau durchbrochen war, wies der EGMR mit dem Argument zurück, dass er die EMRK im Lichte der heutigen Bedingungen auslegen und dabei die besondere Bedeutung des Diskriminierungsverbots beachten müsse. Die EKMR hatte es dagegen in den Fällen No. 8042/77, DR 12, 202 – *Hagmann-Hüsler* und No. 9250/81, DR 32, 175 – *X v. Niederlande* noch als sachlich gerechtfertigt angesehen, dass Frauen nach damaligem Schweizer Recht ausnahmslos den Namen des Mannes als Ehenamen führen mussten bzw. nach niederländischem Recht nur unter ihrem Ehenamen in das Wählerverzeichnis eingetragen werden konnten. Dazu *Wittinger*, EuGRZ (Fn. 508), 276 m. w. N.

⁵¹³ EGMR No. 36797/97, § 2 – *G. M. B. u. K. M. v. Schweiz (Zul.)* (2001): Der EGMR wies die Beschwerde als offensichtlich unbegründet zurück und stützte sich maßgeblich auf das Argument, dass die Eheleute nach Schweizer Recht bei der Eheschließung den Geburtsnamen der Frau als Familiennamen hätten wählen können, hiervon aber keinen Gebrauch gemacht hatten; vgl. auch EGMR No. 31745/02 – *Heidecker-Tiemann (Zul.)* (2008), die Beschwerde wurde mit dem Verweis auf den

dung zu Gunsten des Namens des Ehemannes ist jedoch nur dann zulässig, wenn die Ehegatten alternativ den Namen der Frau wählen können oder diese ihren Namen behalten kann.⁵¹⁴ In einer neueren Entscheidung brach der EGMR mit dieser Tradition und verwies darauf, dass sich ein einheitlicher europäischer Standard in Bezug auf die gleichberechtigte Wahl des Familiennamens zwischen Ehegatten herausbilde und die Rechtsentwicklung im Rahmen der Vereinten Nationen dazu übergehe, jedem Ehegatten das Recht zuzugestehen, seinen Geburtsnamen nach der Heirat beizubehalten.⁵¹⁵

Das BVerfG sah im *Namensrechts*-Urteil dagegen die dem Schweizer Recht entsprechende deutsche Regelung, der zufolge der Name des Mannes zwangsläufig Ehe-name wurde, wenn die Verlobten nichts anderes bestimmt hatten, als Verstoß gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 2 GG a.F. an. Anders als der EGMR hielt das Gericht das Ziel der Bewahrung eines einheitlichen Familiennamens nicht für hinreichend, um eine Ungleichbehandlung der Frau zu rechtfertigen. Die Führung eines einheitlichen Ehenamens sei verfassungsrechtlich (Art. 6 Abs. 1 GG) nicht geboten.⁵¹⁶ Demgegenüber verstößt nach Ansicht des BVerfG das Verbot, einem Kind einen aus dem Namen beider Eltern zusammengesetzten Doppelnamen zu geben, nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 bzw. Abs. 2 GG. Die auf einen Familiennamen begrenzte Auswahl treffe nämlich Frau und Mann gleichermaßen. Eine mittelbare Diskriminierung und, damit einhergehend, ein verfassungsrechtliches Gebot aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, den Eltern die Wahl eines Doppelnamens zu ermöglichen, verneinte das Gericht mit der Begründung, dass eine vorrangige Wahl des Mannesnamens nicht auf einer nachteiligen Situation von Frauen, sondern auf vorfindlichen Einstellungen beruhe.⁵¹⁷ Dieses Argument überzeugt nicht, da die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung gerade der Beseitigung struktureller Benachteiligungen dient, die häufig auf stereotypen Einstellungen basieren (→ Rn. 76 f.).⁵¹⁸

140

In *Opuz* musste sich der EGMR erstmals mit **häuslicher Gewalt gegen Frauen** beschäftigen. Der Ehemann der Bf. hatte diese und ihre Mutter mehrfach schwer misshandelt und mit dem Tode bedroht. Versuche, von den Polizeibehörden und Gerichten Hilfe zu erlangen, scheiterten. Nachdem der Ehemann die Mutter der Bf. tatsächlich getötet hatte, wurde das Strafverfahren mit großer Verzögerung durchgeführt und der Täter während des Berufungsverfahrens auf freien Fuß gesetzt. Der EGMR qualifizier-

141

weiten nationalen Einschätzungsspielraum und die dargestellte Rechtsprechung als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.

⁵¹⁴ EGMR No. 29865/96, Rep. 2004-X, §§ 63 ff. – *Ünal Tekeli*: Der EGMR bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, nach der der Schutz der familiären Einheit ein legitimes Ziel zur Einschränkung der Namenswahl ist, wies allerdings ausdrücklich darauf hin, dass ein den Ehegatten gemeinsamer Name für die familiäre Einheit nicht unabdingbar sei.

⁵¹⁵ EGMR No. 664/06, § 47 – *Losonci Rose u. a.* (2010): Der EGMR akzeptierte die Wahrung der Familieneinheit nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für die unterschiedliche Behandlung von Frau und Mann im Schweizer Namensrecht und stellte einen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK fest.

⁵¹⁶ BVerfGE 84, 9 (18 f.); auch schon BVerfGE 48, 327 (337 f.). Rechtsvergleichend zum Namensrecht C. Blumenrath, Namensrecht und Gleichberechtigung in Frankreich und Deutschland, 2002.

⁵¹⁷ BVerfGE 104, 373. Entsprechend hat es das BVerfG in einem neueren Urteil abgelehnt, in der Regelung des § 1355 Abs. 4 BGB, welche die Anzahl der möglichen Namenselemente für einen Ehenamen faktisch auf zwei (Doppelname) begrenzte, eine Ungleichbehandlung zu sehen, BVerfGE 123, 90.

⁵¹⁸ A. A. C. Langenfeld, Geschlecht – Kein Thema mehr für das Recht?, DVBl. 2010, 1019 (1023).

te Gewalt gegen Frauen mit Blick auf die Frauendiskriminierungskonvention und andere internationale Entwicklungen als eine Form der Diskriminierung wegen des Geschlechts und stellte unter Verweis auf die Befunde des CEDAW-Ausschusses zur Lage in der Türkei fest, dass die Bf. und ihre Mutter durch die allgemeine Passivität der Justizbehörden diskriminiert worden waren. Er bejahte einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 2 und 3 EMRK, weil die Türkei trotz einiger Reformgesetze nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hatte, um häusliche Gewalt zu verhindern.⁵¹⁹ Der CEDAW-Ausschuss hatte ebenfalls im Individualbeschwerdeverfahren über mehrere Fälle häuslicher Gewalt zu entscheiden, in denen er einen Verstoß gegen die staatliche Schutzpflicht stets bejahte.⁵²⁰

- 142 **Berufsleben und Sozialversicherungsrecht:** In der staatlichen Sozialversicherungs- und Rentenpolitik fanden und finden sich zahlreiche Vorschriften, die auf den **traditionellen Anschauungen der Rollenteilung zwischen Frau und Mann** beruhen. Die Rechtsprechung von EGMR, BVerfG und EuGH hat maßgeblich dazu beigetragen, die damit verbundene Diskriminierung wegen des Geschlechts abzubauen. In mehreren Entscheidungen sah der EGMR die mit stereotypen Rollenzuweisungen begründeten Ungleichbehandlungen von Frauen als durch keinerlei objektive und vernünftige Gründe gerechtfertigt an.⁵²¹ Ein für Frauen und Männer unterschiedliches Renteneintrittsalter hält der EGMR bisher allerdings noch für zulässig. Folglich sieht er die daraus für Frauen entstehenden Nachteile wie finanzielle Einbußen im Bereich von Aus-

⁵¹⁹ EGMR No. 33401/02, §§ 184 ff. – *Opuz* (2009); siehe auch No. 55164/08, §§ 94 ff. – *A. v. Kroatien* (2010). In diesem Fall stellte der EGMR zwar wegen nicht durchgeführter Präventiv- und Sanktionsmaßnahmen einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest, wies die Beschwerde wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aber mangels hinreichender Fakten zum Nachweis einer generell passiven Haltung der Staatsorgane gegenüber häuslicher Gewalt als offensichtlich unbegründet zurück.

⁵²⁰ UN Doc. CEDAW/A/60/38 v. 26. 1. 2005, No. 2/2003 – *A. T. v. Ungarn*; CEDAW/C/39/D/5/2005 v. 6. 8. 2007, No. 5/2005 – *Goecke v. Österreich*; CEDAW/C/39/D/6 v. 6. 8. 2007, No. 6/2005 – *Yildirim v. Österreich*; CEDAW/C/49/D/20 v. 27. 9. 2011, No. 20/2008 – *V. K. v. Bulgarien*. Zwei weitere Beschwerden, in denen es um den Schutz vor Abschiebung wegen häuslicher Gewalt im Heimatland der Bf. ging, wurden mangels Rechtswegerschöpfung als unzulässig zurückgewiesen: UN Doc. CEDAW/C/38/D/10 v. 12. 6. 2007, No. 10/2005 – *N. S. F. v. UK*, und CEDAW/C/50/D/26 v. 30. 11. 2011, No. 26/2010 – *Herrera Rivera v. Kanada*. In General Recommendation No. 28 (2010), § 19 hat der Ausschuss festgestellt: »States Parties have a due diligence obligation to prevent, investigate, prosecute and punish such acts of gender-based violence.« Vgl. zu den Beschwerdeverfahren *D. Richter*, Dreißig Jahre Frauenübereinkommen der Vereinten Nationen: Universelle Geltung und Verschiedenheit der Vertragsstaaten im Spiegel der Praxis, in: U. Rust/J. Lange (Hrsg.), CEDAW – vor dem Zwischenbericht 2011, Locomer Protokolle 36/11.

⁵²¹ EGMR No. 14518/89, A 263, § 67 – *Schuler-Zraggen* (1993); die EKMR hatte demgegenüber einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf faire Beweiswürdigung) verneint; EGMR No. 34462/97, Rep. 2002-IV, §§ 46–55 – *Wessels-Bergervoet*. In der Entscheidung EGMR No. 3976/05 – *Şerife Yiğit (GK)* (2010) hatte die Bf. u. a. vorgebracht, die gesetzlich bestimmte Vor- enthaltung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen an überlebende Partner einer Imam-Ehe im Vergleich zu einer Zivilehe benachteilige Frauen. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die religiöse Heirat in der Türkei üblich sei und den Traditionen und Sitten entspreche; in einer solchen Situation seien nur Frauen Opfer der gesetzlichen Regelung. Der EGMR ging auf diesen Aspekt einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts jedoch nicht ein, vgl. *Brosius-Gersdorf*, Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht, EuGRZ 2009, 454, 457 f.

gleichleistungen wegen Berufsunfähigkeit bei Eintritt in das Rentenalter⁵²² ebenso wie die spiegelbildlich mit dem späteren Renteneintrittsalter verbundenen finanziellen Mehrbelastungen für Männer⁵²³ als gerechtfertigt an. Da das Rentenversicherungssystem langfristig auf Stabilität und Verlässlichkeit angelegt sei, sei das mit dem herabgesetzten Renteneintrittsalter für Frauen verfolgte Ziel, einen Ausgleich für die Doppelbelastung durch Familie und Beruf zu schaffen, noch immer legitim. Dem Staat komme zudem bei der Anpassung an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse ein weiter Einschätzungsspielraum zu, da er die zahlreichen in Betracht zu ziehenden Variablen am besten beurteilen könne. Solange er nicht völlig ungeeignete Maßnahmen ergreife, um allmählich zu einer Gleichstellung der Geschlechter zu gelangen, sei die Ungleichbehandlung auch verhältnismäßig.⁵²⁴ Auch das BVerfG hatte in seiner Rentenaltersentscheidung den je nach Geschlecht unterschiedlichen Eintritt in das Rentenalter bei der gesetzlichen Rentenversicherung für mit Art. 3 Abs. 2 GG a.F. vereinbar erklärt. Es stellte unter Hinweis auf die unterschiedlichen Lebenssituationen von Männern und Frauen fest, »dass der Gesetzgeber zu einer Ungleichbehandlung auch dann befugt ist, wenn er einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anordnet, die ihrerseits auch auf biologische Unterschiede zurückgehen«.⁵²⁵

Stereotype Gesetze wirken sich nicht nur zum Nachteil von Frauen, sondern auch von Männern aus. In *Petrovic* war dem Bf. das Karenzurlaubsgeld⁵²⁶ verweigert worden, weil es nur für Mütter vorgesehen war. Der EGMR stellte fest, dass es Ende der 1980er Jahre keinen gemeinsamen europäischen Standard in Bezug auf die Zahlung von Erziehungsgeld an Väter gab und räumte dem Staat deshalb einen weiten Einschätzungsspielraum ein. Diesen sah er unter Hinweis auf die zwischenzeitlich eingetretene Rechtsänderung zugunsten von Vätern als nicht überschritten an.⁵²⁷ Demgegenüber bejahten die dissentierenden Richter zu Recht einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK, weil auch bei der Vergabe freiwilliger staatlicher Leistungen nicht nach

143

⁵²² EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 66 – *Stec u. a. (GK)*; No. 42735/02, §§ 36 ff. – *Barrow* (2006).

⁵²³ EGMR No. 37212/02, §§ 36 ff. – *Walker* (2006); No. 8374/03, §§ 25 f. – *Pearson* (2006). Auslöser der Rechtsstreitigkeiten war jeweils, dass in Großbritannien das Renteneintrittsalter für Männer und Frauen bis 2020 stufenweise angeglichen werden soll. Siehe zur Diskriminierung im Bereich der Sozialleistungen Rn. 85 f.

⁵²⁴ EGMR No. 6268/08, § 60 – *Andrle* (2011): Die Berücksichtigung der Kinderzahl bei der Berechnung des Renteneintrittsalters für Frauen, nicht aber für alleinerziehende Männer verstößt nicht gegen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 ZP.

⁵²⁵ BVerfGE 74, 163 (180): Mit der Berücksichtigung der unterschiedlichen tatsächlichen Situation von Frauen und Männern, die sich auf den Rentenbezug von Frauen nachteilig auswirkte, vollzog das BVerfG die Abkehr von einem Verständnis des Art. 3 Abs. 2 GG als striktem Differenzierungsverbot. So *Sacksofsky* (Fn. 16), 74 ff.; i.E. ähnlich *Eckertz-Höfer* (Fn. 16), 467 ff., die das Urteil allerdings als konsequente Fortentwicklung der Rspr. des BVerfG versteht. Seit 2008 ist das Renteneintrittsalter in Deutschland geschlechtsneutral geregelt, vgl. § 41 Satz 2 SGB VI.

⁵²⁶ Auf ein Jahr befristete finanzielle Leistung während des Erziehungsurlaubs (parental leave); diese fiel in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK, da sie der Förderung des Familienlebens diene.

⁵²⁷ EGMR No. 20458/92, Rep. 1998-II, §§ 37–43 – *Petrovic*. Der EGMR übte hier »judicial self-restraint«, indem er formulierte: »It therefore appears difficult to criticise the Austrian legislature for having introduced in a gradual manner, reflecting the evolution of society in that sphere, legislation which is, all things considered, very progressive in Europe« (§ 41).

dem Geschlecht diskriminiert werden darf (Wenn-dann-Schema → Rn. 42, 86).⁵²⁸ Mittlerweile hat der EGMR seine Rechtsprechung in Bezug auf die Gewährung von Elternurlaub für Väter geändert. In *Markin* führte er aus, dass nunmehr die meisten europäischen Länder sowohl Müttern als auch Vätern Elternurlaub und Elterngeld gewährten. Daraus werde deutlich, dass die Sorge für die Erziehung des gemeinsamen Nachwuchses nicht mehr allein den Müttern obliege. Es habe sich vielmehr ein gesellschaftlicher Wandel dergestalt vollzogen, dass auch die Rolle der Väter bei der Kinderbetreuung zunehmende Anerkennung gefunden habe.⁵²⁹ Ferner hat der EGMR in mehreren Fällen einen Verstoß gegen Art. 14 EMRK i. V.m. Art. 1 ZP bejaht, in denen Witvern mit stereotyper Begründung geringere Hinterbliebenenbezüge gezahlt worden waren als Witwen.⁵³⁰

- 144 Öffentliche Zahlungs- und Dienstleistungspflichten: In *Van Raalte* wehrte sich der ledige kinderlose Bf. gegen die Heranziehung zur **Zahlung eines Beitrags für die allgemeine Kinderbetreuung**, von der ledige kinderlose Frauen über 45 Jahre befreit waren. Der EGMR akzeptierte weder die von der niederländischen Regierung angeführten biologischen Unterschiede zwischen älteren Frauen und Männern in Bezug auf die Fertilität noch das auf Stereotypen basierende Argument, dass kinderlosen älteren Frauen eine zusätzliche emotionale Bürde erspart werden sollte.⁵³¹ Umgekehrt hat das BVerfG Nachteile, die Frauen auf Grund von Kinderbetreuungszeiten bei der Altersversorgung bzw. in der Arbeitslosenversicherung entstanden, als Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgesetz gewertet.⁵³²

- 145 In *Karlheinz Schmidt* wandte sich der Bf. gegen die Verpflichtung, eine **Feuerwehrabgabe** zahlen zu müssen.⁵³³ In Baden-Württemberg existierte eine Feuerwehrdienst-

⁵²⁸ Abw. Votum der Richter *Bernhardt* und *Spielmann*, die die der Regelung zugrunde liegende traditionelle Rollenteilung in der Familie nicht als hinreichend gewichtigen Rechtfertigungsgrund ansahen.

⁵²⁹ EGMR No. 30078/06, § 49 – *Markin* (2010), siehe auch No. 30078/06, § 140 – *Markin* (GK) (2012); No. 44399/05, §§ 30–35 – *Weller* (2009). Ebenso attestierte der EuGH einer spanischen Regelung, nach der abhängig beschäftigte Mütter in den ersten neun Monaten nach der Geburt ihres Kindes »Stillurlaub« nehmen konnten, Väter hingegen nur, sofern beide Elternteile eine abhängige Erwerbstätigkeit ausübten, die Verfestigung herkömmlicher Rollenbilder. Männern werde durch die Regelung weiterhin eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen, EuGH Rs. C-104/09, Slg. 2010, I-8661, Rn. 36 f. – *Alvarez*. Zur Stärkung der partnerschaftlichen Teilhabe beider Eltern an Erziehungs- und Betreuungsaufgaben wurden in Deutschland die sog. Partner- oder Vätermomente eingeführt und das Elterngeld als Einkommensersatz ausgestaltet. Siehe dazu BVerfG (K) 1 BvL 15/11, Abs. 16, und BVerfG (K) 1 BvR 1853/11, Abs. 19.

⁵³⁰ EGMR No. 36042/97, Rep. 2002-IV, §§ 39–41 – *Willis*; dazu *Schmidt* (Fn. 318), 128; vgl. auch No. 23960/02, § 40 – *Zeman* (2006): Nur sehr gewichtige Gründe (»very strong reasons«) können Unterschiede in der Höhe der Hinterbliebenenversorgung rechtfertigen. Dem Bf. waren nur 40% (gegenüber 60% bei Witwen) der Pension seiner verstorbenen Frau als Hinterbliebenenrente ausbezahlt worden. Ebenso hielt der EGMR steuerliche Vergünstigungen, die nur Witwen, nicht aber Witvern gewährt wurden, nicht für gerechtfertigt, vgl. EGMR No. 63684/00 u.a. – *Hobbs, Richard, Walsh u. Green* (2006).

⁵³¹ EGMR No. 20060/92, Rep. 1997-I, §§ 41–44 – *van Raalte*. Dabei ließ der EGMR offen, ob die Schonung der Gefühle kinderloser älterer Frauen ein legitimes Ziel sei, und stellte fest, dass dieses Ziel jedenfalls nicht ausreiche, um eine Differenzierung wegen des Geschlechts zu rechtfertigen.

⁵³² BVerfGE 113, 1 (Beitragsverpflichtungen von Mitgliedern berufsständischer Versorgungswerke); BVerfGE 115, 259 (Berechnung der Anwartschaftszeit für den Bezug von Arbeitslosengeld).

⁵³³ Der Bf. gelangte an den EGMR, nachdem seine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG vom VPA

pflicht nur für Männer, die in der Praxis allerdings nicht durchgesetzt wurde, weil genügend freiwillige Meldungen vorlagen. Stattdessen mussten die dienstpflichtigen Männer eine Feuerwehrabgabe zahlen. Der EGMR vermied hier eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer durch biologische oder funktionale Unterschiede gerechtfertigt sei. Er stellte vielmehr entscheidend darauf ab, dass die Feuerwehrabgabe faktisch ihren Ausgleichscharakter verloren habe und zur eigentlichen Verpflichtung geworden sei. Eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung bei solchen Abgaben sei nicht zu rechtfertigen.⁵³⁴ Kurz darauf kam das BVerfG, das in einer früheren Entscheidung die Feuerwehrabgabe für verfassungsgemäß gehalten hatte,⁵³⁵ zu dem gleichen Ergebnis, wählte aber eine andere Begründung. Es stellte auf die der Abgabe zugrunde liegende Feuerwehrdienstpflicht ab und bejahte unter Rückgriff auf den im *Nachtarbeits*-Urteil entwickelten Prüfungsmaßstab (→ Rn.135) einen Verstoß gegen Art.3 Abs.3 GG. Es seien keine Gründe erkennbar, »die eine Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer zwingend erforderlich machen, um Probleme zu lösen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten«. ⁵³⁶ Anders als der EGMR setzte sich das BVerfG mit den Gründen des Gesetzgebers auseinander und wies diese zu Recht zurück. Frauen seien wegen ihrer körperlichen Konstitution für den Feuerwehrdienst nicht generell ungeeignet; außerdem widerspreche die Regelung dem Gleichberechtigungsgebot des Art.3 Abs.2 GG, weil sie die überkommene Rollenverteilung verfestige.⁵³⁷

In seiner neueren Rechtsprechung hat der EGMR eine Rechtfertigung öffentlicher Dienstleistungspflichten aus funktionalen Gründen ebenfalls abgelehnt. In der Sache *Zarb Adami* wandte sich der Bf. dagegen, dass er strafrechtlich belangt worden war, weil er sich seiner Geschworenenpflicht entzogen hatte. In Malta wurden – trotz neutral formulierter Bestimmungen – faktisch fast ausschließlich Männer zum Geschworenenendienst herangezogen, so dass eine mittelbare Diskriminierung in Betracht kam (→ Rn.78). Die zur Rechtfertigung vorgebrachten **funktionalen Gründe** – Stellung im Berufs- und Wirtschaftsleben, familiäre Verpflichtungen, kulturelle Gründe – lehnte der EGMR ab. Diese Unterschiede erklärten zwar die Ursachen der Unterrepräsentation von Frauen, stellten aber keine legitimen Rechtfertigungsgründe dar.⁵³⁸ 146

Im **Unionsrecht** ist das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung bzw. das Gebot der Gleichstellung von Frauen und Männern als Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes seit langem als ungeschriebenes **Grundrecht** anerkannt.⁵³⁹ Ers- 147

nicht zur Entscheidung angenommen worden war. Damit war der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft.

⁵³⁴ EGMR No.13580/88, A 291-B, §27 – *Schmidt*. In einem abw. Votum vertraten dagegen die Richter *Spielmann* und *Gotchev* die Auffassung, dass sich die Ungleichbehandlung nicht auf die Abgabe, sondern die Feuerwehrdienstpflicht beziehe; diese sahen sie als gerechtfertigt an, weil Männer für diesen Dienst besser geeignet seien als Frauen. In diesem Sinne auch das Sondervotum des Richters *Morenilla*.

⁵³⁵ BVerfGE 13, 167.

⁵³⁶ BVerfGE 92, 91 (109).

⁵³⁷ Ebd., 112. Vgl. zu beiden Urteilen A. *Bleckmann*, Bundesverfassungsgericht versus Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1995, 387.

⁵³⁸ EGMR No.17209/02, Rep.2006-VIII, §§81f. – *Zarb Adami*.

⁵³⁹ Überblicke zum unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts bei

teres ist nunmehr in Art. 21 Abs. 1 GRC kodifiziert, während das Gleichbehandlungsgebot zusätzlich in Art. 23 Abs. 1 GRC verankert ist, dem zufolge die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen ist. Während das Diskriminierungsverbot in Art. 21 GRC dem Konzept formaler Gleichheit entspricht, folgt das Gleichbehandlungsgebot in Art. 23 GRC dem Konzept materieller bzw. faktischer Gleichheit.⁵⁴⁰ Ferner enthält Art. 8 AEUV eine Verpflichtung zum »gender main-streaming«⁵⁴¹, d. h. die Union muss bei allen ihren Aktivitäten die Gleichstellung von Frauen und Männern fördern. Ein einklagbares Individualrecht für Frauen ist damit nicht verbunden. Sekundärrechtlich konkretisiert wird das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts in den Richtlinien 2004/113/EG⁵⁴² (Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen) und 2006/54/EG (Gleichbehandlungsrichtlinie in Beschäftigungsfragen)⁵⁴³. Diese Richtlinien sind mit dem AGG in deutsches Recht umgesetzt worden (→ Rn. 4).⁵⁴⁴

- 148 Der EuGH hat sowohl den in Art. 157 Abs. 1 AEUV verankerten **Grundsatz des gleichen Entgelts** für Männer und Frauen als auch die Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts im Bereich der beruflichen Tätigkeit im Falle der unmittelbaren Diskriminierung – von einigen Ausnahmen in älteren Entscheidungen abgesehen⁵⁴⁵ – als strikte Differenzierungsverbote ausgelegt. Von einer unmittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts geht der EuGH zu Recht auch dann aus, wenn die Benachteiligung aufgrund einer Schwangerschaft⁵⁴⁶ oder Geburt erfolgt, da nur Frauen hiervon

Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 44, 1161 ff.; *Mahlmann*, in: Rudolf/ders. (Fn. 116), Rn. 56 ff.; *K. Koldinská*, Case Law of the European Court of Justice on Sex Discrimination 2006–2011, CMLRev 2011, 1599. Kritisch zur Rspr. des EuGH *E. Kocher*, »Geschlecht« im Anti-Diskriminierungsrecht, KJ 42 (2009), 386 (389 ff.), die sich für eine Interpretation des Gleichbehandlungsgebots als »Verbot geschlechtsstereotypisierender Anforderungen« ausspricht.

⁵⁴⁰ Zum ungeklärten Verhältnis zwischen dem Diskriminierungsverbot in Art. 21 Abs. 1 GRC und dem Gleichstellungsgebot in Art. 23 Abs. 1 GRC A. *Nußberger*, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 52 ff., m. w. N.; zu Art. 23 GRC *Kugelman*, in: HGR, § 160 Rn. 67 ff.

⁵⁴¹ Siehe zum »Gender Mainstreaming« im öffentlichen Dienst *E. Czerwick*, »Feminisierung« des öffentlichen Dienstes in Deutschland?, DÖV 2010, 869.

⁵⁴² Richtlinie des Rates 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen v. 13. 12. 2004, Abl. EU 2004 L 373/37.

⁵⁴³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen v. 5. 7. 2006, Abl. EU 2006 L 204/23 (Neufassung).

⁵⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien darüber hinaus das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auch auf die übrigen in Art. 19 Abs. 1 AEUV genannten Differenzierungsmerkmale ausgedehnt (§ 19 Abs. 1 AGG).

⁵⁴⁵ EuGH Rs. 163/82, Slg. 1983, 3273 – *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik*; Rs. C-222/84, Slg. 1986, 1651 – *Johnston*; kritisch dazu *N. Colneric*, Verbot der Frauendiskriminierung im EG-Recht, in: FS Albrecht Gnade, 1992, 627 ff. (635 f.).

⁵⁴⁶ In EuGH Rs. C-232/09, 11. 11. 2010, Rn. 46 ff., 74 – *Danosa*, betonte der EuGH, dass der Arbeitnehmerbegriff i. S. d. Mutterschutz-Richtlinie unionsrechtlich zu definieren sei. Wesentliches Kriterium zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft sei die Weisungsabhängigkeit. Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft schließe ein Arbeitsverhältnis nicht aus, insbesondere wenn die Tätigkeit nach Weisung oder unter Aufsicht eines anderen Organs erfolge und das Organmitglied jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden könne. Der EuGH urteilte ferner, dass die in einem solchen Verhältnis beschlossene Abberufung einer schwange-

betroffen sind.⁵⁴⁷ Um die Gleichbehandlung von Frau und Mann sicherzustellen, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Wird, wie in der *Barber*-Entscheidung,⁵⁴⁸ bei einem Vergleich der formalen Rechtsposition von Frauen und Männern in vergleichbarer Situation eine Ungleichbehandlung festgestellt, die an das Geschlecht anknüpft, so verstößt dies grundsätzlich gegen das Diskriminierungsverbot. Ob die Ungleichbehandlung aus objektiven Gründen, etwa zum Ausgleich für vorherige Benachteiligungen des bevorzugten Geschlechts, gerechtfertigt ist, prüft der EuGH bei einem Verstoß gegen den Grundsatz der Entgeltgleichheit in der Regel nicht mehr.⁵⁴⁹ Die Zulässigkeit von Ausnahmen von dem Grundsatz der Gleichbehandlung ist nach st.Rspr. des EuGH mit Blick auf die Ziele des betreffenden Rechtsakts restriktiv zu prüfen. Dies gilt sowohl für Unionsrechtsakte⁵⁵⁰ als auch für nationale Rechtsvorschriften. Regelungen, die eine Entlassung von Frauen ermöglichen, sobald diese das – für Frauen und Männer unterschiedliche – gesetzliche Renteneintrittsalter erreicht haben, stellen eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des

ren Geschäftsführerin gegen die Mutterschutz-Richtlinie verstoße, wenn der Abberufungsbeschluss wegen der Schwangerschaft ergangen sei.

⁵⁴⁷ Z.B. EuGH Rs. C-63/08, Slg. 2009, I-10467, Rn. 74 ff. – *Pontin*: Die unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts wurde bejaht, weil die Nichtigkeits- und Wiedereinstellungsklage einer während der Schwangerschaft gekündigten Arbeitnehmerin von der Einhaltung zu kurzer Fristen abhängig und eine Klage auf Schadenersatz ausgeschlossen war. Siehe auch EuGH Rs. C-147/02, Slg. 2004, I-3101, Rn. 47 – *Alabaster*: Eine Lohnerhöhung, die vor dem Antritt des Mutterschaftsurlaubs gewährt worden ist, muss beim Mutterschaftsgeld berücksichtigt werden. Die Nichtberücksichtigung habe diskriminierenden Charakter, da die Arbeitnehmerin, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre, den erhöhten Lohn erhalten hätte. Demgegenüber besteht kein Anspruch auf Fortzahlung dienstunabhängiger Zulagen während des Mutterschaftsurlaubs, EuGH Rs. C-194/08, Slg. 2010, I-6281 – *Grassmayr* und EuGH Rs. C-471/08, Slg. 2010, I-6533, Rn. 53, 69 – *Parviainen*. Die Zahlung dieser Zulagen dürfe davon abhängig gemacht werden, dass die schwangere Arbeitnehmerin im Gegenzug bestimmte Leistungen tatsächlich erbringe.

⁵⁴⁸ EuGH Rs. C-262/88, Slg. 1990, I-1889 – *Barber*.

⁵⁴⁹ Grundsätzlich ist eine Rechtfertigung entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht allerdings auch im Fall einer unmittelbaren Diskriminierung möglich, so jetzt ausdrücklich EuGH Rs. C-381/99, Slg. 2001, I-4961, Rn. 63 ff. – *Brunnhöfer*. Vgl. *Krebbert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 157 AEUV Rn. 58.

⁵⁵⁰ In EuGH Rs. C-236/09, 1.3. 2011, Rn. 32 ff. – *Test-Achats (GK)*, erklärte der EuGH Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG mit Wirkung vom 21. 12. 2012 für ungültig. Diese Bestimmung, die es den Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen unbefristet aufrechtzuerhalten, laufe der Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und sei mit den Art. 21 und 23 GRC unvereinbar. Versicherungstarife müssen daher künftig geschlechtsneutral ausgestaltet sein. Kritisch zur Grundrechtsprüfung des EuGH D. *Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105 (109); B. *Kahler*, Unisexstarife im Versicherungswesen – Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894, und Urteilsanm. K. *Kroll-Ludwigs*, JZ 2011, 734, die bemängelt, dass die oberflächliche Grundrechtsprüfung im Wesentlichen allein auf die Ziele der Richtlinie abstellt. GA *Kokott* prüfte demgegenüber eine unzulässige Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 21, 23 GRC und deren mögliche Rechtfertigung, siehe Rs. C-236/09, Schlussanträge v. 30. 9. 2010, Rn. 42 ff., 59 ff. Nach ihrer Auffassung knüpfen unterschiedliche Versicherungstarife für Männer und Frauen nicht an eindeutige biologische Unterschiede an, sondern an bloße Versicherungsstatistiken und damit letztlich an traditionelle Rollenbilder von Mann und Frau (Rn. 63). Kritisch dazu K. *Purnhagen*, Zum Verbot der Risikodifferenzierung aufgrund des Geschlechts, EuR 2011, 690 (699 ff.); U. *Karpenstein*, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, EuZW 2010, 885.

Geschlechts dar. Sie können daher nicht aus arbeitsmarktpolitischen Gründen gerechtfertigt werden.⁵⁵¹ Ging es, wie in den Fällen *Sirdar* und *Kreil*, um den Zugang zum Arbeitsmarkt, so prüfte der EuGH, ob das Geschlecht gemäß Art. 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 ausnahmsweise eine »unabdingbare Voraussetzung« für die berufliche Tätigkeit darstellt. Hierbei legte er einen strengen Maßstab an.⁵⁵² Bei der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts hat der EuGH eine Vorreiterrolle gespielt und damit maßgeblich zur Anerkennung dieser Rechtsfigur im europäischen Rechtsraum beigetragen (→ Rn. 81).⁵⁵³

- 149 Der UN-Menschenrechtsausschuss hatte mehrere Sozialversicherungsfälle gegen die Niederlande zu entscheiden, in denen aufgrund stereotyper Rollenzuweisungen Frauen beim Erhalt staatlicher Leistungen benachteiligt wurden. Der Ausschuss bejahte eine Diskriminierung wegen des Geschlechts, weil die Rechtfertigungsgründe nicht vernünftig (»reasonable«) waren. In seinen Stellungnahmen betonte der Ausschuss, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts dem Staat eine schwere Rechtfertigungslast auferlege und langlebige Traditionen zur Rechtfertigung nicht ausreichten.⁵⁵⁴

cc) Zulässigkeit positiver Maßnahmen

- 150 Positive Maßnahmen zur Förderung von Frauen sind mit Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP 12 grundsätzlich vereinbar (→ Rn. 100), haben aber in der Rechtsprechung der Konventionsorgane bisher kaum eine Rolle gespielt. In *Lindsay* sah die EKMR einen Steuervorteil für verheiratete berufstätige Frauen als gerechtfertigt an, weil er das Ziel verfolgte, die Berufstätigkeit verheirateter Frauen zu fördern und so zum Abbau von Vorurteilen beizutragen.⁵⁵⁵ Dabei legte die Kommission allerdings einen großzügigen Prüfungsmaßstab an, weil sie dem Staat im Bereich der Steuergesetzgebung ohnehin einen besonders weiten Einschätzungsspielraum einräumte (→ Rn. 233). Wie der Gerichtshof die ihm im ZP 12 eröffneten Spielräume in Bezug auf positive Maßnahmen nutzen und ob er dabei den gleichen strengen Prüfungsmaßstab wie bei herkömmli-

⁵⁵¹ So schon EuGH Rs. C-152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 35–38 – *Marshall*, bestätigt in EuGH Rs. C-356/09, 18. 11. 2010, Rn. 26 ff., 43 – *Kleist*: Der frühere Rentenbezug bei Frauen steht der für die unmittelbare Diskriminierung erforderlichen vergleichbaren Situation zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern nicht entgegen. Zur Ungleichbehandlung wegen des Ausschlusses eines erheblich höheren Prozentsatzes weiblicher als männlicher Pensionsbezieher von einer außerordentlichen Pensionserhöhung siehe EuGH Rs. C-123/10, 20. 10. 2011 – *Brachner* und zur diskriminierenden Rentenberechnung EuGH Rs. C-577/08, 29. 7. 2010 – *Brouwer*.

⁵⁵² EuGH Rs. C-273/97, Slg. 1999, I-7403, Rn. 21–32 – *Sirdar*; Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69, Rn. 20–29 – *Kreil*. Die letztgenannte Entscheidung führte in Deutschland zur Änderung des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG, der auch den freiwilligen Dienst von Frauen mit der Waffe verbot.

⁵⁵³ Z. B. in Bezug auf die Diskriminierung von – überwiegend weiblichen – Teilzeitbeschäftigten: EuGH Rs. C-300/06, Slg. 2007, I-10573 – *Ursula Voß*; dazu T. Fuchs, Gemeinschaftsrechtswidrige Gleich- oder Ungleichbehandlung im Rahmen von Art. 141 EG?, EuR 2008, 697.

⁵⁵⁴ Vgl. z. B. Beschwerde No. 919/2000, CCPR/C/74/D/919/2000 v. 28. 6. 2002, §§ 6.7, 6.8 – *Müller und Engelhard v. Namibia*; ausf. Nowak, CCPR Commentary, 2005, Art. 26 Rn. 20 ff. Siehe zur Diskriminierung unehelich geborener Kinder im Sozialversicherungsrecht Beschwerde No. 976/2001, CCPR/C/80/D/976/2001 – *Derksen v. Niederlande*.

⁵⁵⁵ EKMR No. 8364/78, DR 49, 181 (191) – *Lindsay (PL)*: »The Commission therefore finds that the difference in treatment in the present case has an objective and reasonable justification in the aim of providing positive discrimination in favour of married women who work«.

cher Diskriminierung anlegen (Symmetrie des Diskriminierungsverbots [→ Rn. 67]) oder den Mitgliedstaaten einen weiten Einschätzungsspielraum zugestehen wird, bleibt abzuwarten.⁵⁵⁶

Nach dem GG und der neueren Rechtsprechung des BVerfG sind positive Fördermaßnahmen für Frauen grundsätzlich zulässig (→ Rn. 102).⁵⁵⁷ Zur Verfassungsmäßigkeit von Frauenquoten hat das BVerfG allerdings bisher nicht Stellung genommen.⁵⁵⁸ Der hierüber bestehende Streit ist auch durch die Anfügung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Jahr 1994 nicht entschieden worden.⁵⁵⁹ 151

Im Unionsrecht gibt es spezielle Normen über die Frauenförderung durch positive Maßnahmen. Diese können von der EU selbst und/oder von den Mitgliedstaaten ergriffen werden. Die europäischen Förderklauseln lassen sich dogmatisch entweder als Tatbestandsausnahmen von den bereits genannten Diskriminierungsverboten oder als Rechtfertigungsgründe auffassen. Sie setzen jedenfalls den positiven Maßnahmen der Mitgliedstaaten rechtliche Grenzen. Die historisch erste Förderklausel war in Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 enthalten.⁵⁶⁰ Mit dem Vertrag von Amsterdam (1997) ist die Zulässigkeit positiver Maßnahmen auch primärrechtlich in Art. 141 Abs. 4 EGV (jetzt Art. 157 Abs. 4 AEUV) verankert worden.⁵⁶¹ Die Vorschrift 152

⁵⁵⁶ Dazu Wittinger, in: EuGRZ (Fn. 508), 279; dies., Familien und Frauen (Fn. 508), 165 f.

⁵⁵⁷ Dazu ausf. Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 264–266, 281 ff. m. w. N. Das BVerwG hat in 3 C 54/01 v. 18. 7. 2002, NVwZ 2003, 92, erstmals höchstrichterlich entschieden, dass eine Bestimmung, die Männer und Frauen bei der Förderung einer Betriebsgründung im Handwerk ungleich behandelt, verhältnismäßig und durch das Förderungsgebot in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt war. Dazu führte das BVerwG aus (94): »Es ist nicht zu bezweifeln, dass diese drastische Unterrepräsentanz Ausdruck vielfältiger objektiver und subjektiver Hemmnisse für Frauen ist, den Schritt in die selbstständige Berufstätigkeit als Handwerksmeisterin zu tun. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass die Staatszielbestimmung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eben darauf zielt, derartige Hemmnisse nach Möglichkeit zu beseitigen«.

⁵⁵⁸ Das BAG hat eine gesetzliche Quote zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts bei Betriebsratswahlen für mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar gehalten, da die Regelung nach Art. 3 Abs. 2 GG zur Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots gerechtfertigt sei, BAG 7 ABR 40/04 v. 16. 3. 2005, NZA 2005, 1252 (1257 f.).

⁵⁵⁹ Bei Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG handelt es sich um einen Kompromiss, der bewusst offen formuliert worden ist. Dazu Limbach/Eckertz-Höfer (Fn. 21), 299 ff. Skeptisch gegenüber der Wirksamkeit von Quoten, die nunmehr auch in Bezug auf Vorstände und Aufsichtsräte privater Unternehmen diskutiert werden, Langenfeld (Fn. 490), 1024 f. m. w. N.; positiv F. Ossenbühl, Frauenquoten für Leitungsorgane von Privatunternehmen, NJW 2012, 417.

⁵⁶⁰ Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG lautete: »Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in dem in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen (also Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit) beeinträchtigen, entgegen«.

⁵⁶¹ Art. 157 Abs. 4 AEUV lautet: »Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen«. Diese Vorschrift war bereits zuvor im Wesentlichen in Art. 6 Abs. 3 des europäischen Protokolls über die Sozialpolitik enthalten. Durch den Amsterdamer Vertrag wurde dieses Protokoll fast unverändert in den EGV übernommen. Das Protokoll war ein völkerrechtliches Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten ohne das VK und kein Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne. Seine Einhaltung konnte insbesondere nicht vom EuGH überprüft werden. Vgl. dazu H. Dieball, Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben – neue

wurde im Vergleich zu Art. 2 Abs. 4 der bis 2006 geltenden Gleichbehandlungsrichtlinie »quotenfreundlicher« formuliert. Sie fordert »die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung«, nicht mehr nur »die Förderung der Chancengleichheit«. »Gleichstellung« konnotiert eher die Gleichheit des Ergebnisses, nicht der bloßen Ausgangschancen. Die zweite Abweichung ist der Terminus »spezielle Vergünstigungen« anstelle des allgemeineren Begriffs »Maßnahmen«. Diese Formulierung findet sich auch in Art. 23 Abs. 2 GRC, der »spezielle Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht« ausdrücklich erlaubt.⁵⁶² Mit den genannten Formulierungen wird zum Ausdruck gebracht, dass Quoten im Prinzip vom Unionsrecht gedeckt sind, sie treffen aber keine Aussage darüber, in welcher Art diese ausgestaltet sein müssen (Höhe, Befristung, Öffnungsklausel etc.), um die Verhältnismäßigkeit zu wahren. Diese Feststellung gilt auch für die Formulierung in Art. 3 der RL 2006/54/EG, mit der die bisherigen Gleichbehandlungsrichtlinien neu gefasst wurden.⁵⁶³

- 153 Der EuGH hat in einigen Leitentscheidungen, die größtenteils deutsche Regelungen betrafen, für die Zulässigkeit von Frauenquoten in den EU-Mitgliedstaaten folgende Voraussetzungen aufgestellt:⁵⁶⁴ Die Qualifikationen der Bewerber müssen »gleichwertig oder fast gleichwertig« sein,⁵⁶⁵ weiblichen Bewerbern darf nicht »absolut und unbedingt« der Vorrang eingeräumt werden,⁵⁶⁶ alle Bewerbungen müssen Gegenstand einer »objektiven Beurteilung« sein, in der alle personenbezogenen Faktoren/Kriterien in einer Einzelfallprüfung abgewogen werden müssen,⁵⁶⁷ und schließlich muss das Beurteilungsverfahren insgesamt verhältnismäßig sein.⁵⁶⁸ Zulässig ist es, im Rahmen einer solchen Beurteilung bestimmte, geschlechtsneutral formulierte Kriterien, die im Allgemeinen Frauen begünstigen (z.B. durch Familienarbeit erworbene Fähigkeiten und Erfahrungen), heranzuziehen bzw. Kriterien, die im Allgemeinen Männer be-

Vorgaben des EG-Vertrages, EuR 2000, 274; B. Schmidt am Busch, Die neuen Bestimmungen zur Gleichstellung von Frauen und Männern im EG-Vertrag, BayVBl. 2000, 737.

⁵⁶² Dazu ausf. Nußberger, in: Tettinger/Stern, Art. 23 Rn. 95 ff.; siehe auch L. Waddington/M. Bell, Exploring the Boundaries of Positive Action Under EU-Law: A Search for Conceptual Clarity, CML-Rev 2011, 1503 (1507 ff.).

⁵⁶³ Art. 3 lautet: »Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 [jetzt Art. 157 Abs. 4 AEUV, die Verf.] des Vertrags beibehalten oder beschließen«.

⁵⁶⁴ Ausf. zur Rspr. des EuGH Peters, Action in Favour of Women (Fn. 390), 231 ff.; Schubert (Fn. 398), 92 ff.; H. Nishihara, Das Recht auf geschlechtsneutrale Behandlung nach dem EGV und GG, 2002, 122 ff., jeweils m. w. N.

⁵⁶⁵ EuGH Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539, Rn. 62 – Abrahamsson und Anderson.

⁵⁶⁶ EuGH Rs. C-450/93, Slg. 1995, I-3051, Rn. 22 – Kalanke; Rs. C-158/97, Slg. 2000, I-1875, Rn. 23 – Badeck.

⁵⁶⁷ EuGH Rs. C-409/95, Slg. 1997, I-6363, Rn. 33 – Marshall; Rs. C-158/97, Slg. 2000, I-1875, Rn. 23 – Badeck.

⁵⁶⁸ EuGH Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539, Rn. 55 – Abrahamsson und Anderson. Der Gerichtshof prüfte zuerst Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG und kam zu dem Ergebnis, dass die schwedische Quotenregelung im Hochschulbereich, die einer Bewerberin mit hinreichender Qualifikation automatisch den Vorrang vor einem besser qualifizierten Bewerber einräumte, nicht von dieser Ausnahmevorschrift gedeckt sei. Danach prüfte er die Norm anhand des weitergehenden damaligen Art. 141 Abs. 4 EGV [Art. 157 Abs. 4 AEUV] und stellte fest, dass auch dieser die Quote nicht rechtfertigen konnte, weil die Regelung unverhältnismäßig war.

günstigen (z.B. Dienst- und Lebensalter, Familienstand, Einkommen des Partners), nicht zu berücksichtigen.⁵⁶⁹

Gemäß Art. 4 Abs. 1 CEDAW ist es den Vertragsstaaten erlaubt, »zeitweilige Sondermaßnahmen« zur Herbeiführung der faktischen Gleichstellung von Männern und Frauen zu ergreifen (→ Rn. 100 ff.).⁵⁷⁰ Ziele dieser Maßnahmen können sowohl die Herstellung von Chancengleichheit als auch die Erreichung der Gleichbehandlung sein. Letzteres umfasst die Ergebnisgleichheit, also z.B. die gleiche Repräsentation in Gremien etc. Diese Formulierung spricht dafür, dass Quotenregelungen zulässig sind, soweit sie bis zur Erreichung des Förderziels befristet und im Übrigen verhältnismäßig sind. Der CEDAW-Ausschuss hat eine Allgemeine Empfehlung zu den Sondermaßnahmen erarbeitet, die für die Interpretation herangezogen werden kann.⁵⁷¹ Über eine entsprechende Individualbeschwerde hatte der CEDAW-Ausschuss jedoch noch nicht zu entscheiden. Die Beschwerde eines Mannes vor dem UN-Menschenrechtsausschuss gegen seine Nichtberücksichtigung als Schöffe aufgrund einer Quotenregelung wurde hingegen abgewiesen. Eine Quote zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts sei mit Art. 26 IPbPR vereinbar.⁵⁷²

In den USA gibt es bisher nur ein höchstrichterliches Urteil zur Frauenförderung, *Johnson v. Transportation Agency*, in dem eine Regelung zur bevorzugten Einstellung und Beförderung von Frauen allerdings nicht am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, sondern lediglich am Diskriminierungsverbot des Title VII des Civil Rights Act überprüft wurde.⁵⁷³ Insgesamt ist die Rechtsprechung zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts nicht konsistent, weil der Prüfungsmaßstab – »strict scrutiny« oder »intermediate scrutiny« (→ Rn. 107) – unklar bleibt.⁵⁷⁴ Deshalb harren gegenwärtig noch zwei Fragen der höchstrichterlichen Entscheidung: Erstens, ob Geschlechtsdiskriminierung wirklich nur der weniger strikten »intermediate scrutiny« genügen muss, und zweitens, ob die umgekehrte Diskriminierung von Männern durch »affirmative action« symmetrisch zur Diskriminierung von Frauen, also unter Heranziehung des gleichen Prüfungsmaßstabs, geprüft werden muss (→ Rn. 67). Entschieden sich der Supreme Court im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung für die Anwen-

⁵⁶⁹ EuGH Rs. C-158/97, Slg. 2000, I-1875, Rn. 31 ff. – *Badeck*.

⁵⁷⁰ Art. 4 Abs. 1 CEDAW lautet: »Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved«.

⁵⁷¹ General Recommendation No. 25, CEDAW Committee 30th session 2004; dazu *H.B. Schöpp-Schilling*, Reflections on a General Recommendation on Article 4.1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: Boerefijn u.a. (Hrsg.), Temporary Special Measures. Accelerating de Facto Equality of Women under Article 4 (1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 2003, 15.

⁵⁷² No. 943/2000, UN Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 v. 17. 8. 2004, §§ 9.4 ff. – *Jacobs v. Belgien*.

⁵⁷³ 480 U.S. 416; 107 S.Ct. 1442 (1987); dazu *Peters*, Action in Favour of Women (Fn. 390), 97 ff.; *Schubert* (Fn. 398), 152 ff. Bei der überprüften Regelung ging es nicht um eine starre Quote, sondern um eine flexible Zielvorgabe, zu deren Erreichung das Geschlecht bei Angehörigen der unterrepräsentierten Gruppe, also der Frauen, bei der Auswahl einen sog. »Plusfaktor« darstellte. Der S.Ct. hielt sie für zulässig, weil sie ein legitimes Ziel verfolgte und die nichtbegünstigten Mitbewerber nicht unverhältnismäßig belastete.

⁵⁷⁴ *Peters*, Action in Favour of Women (Fn. 390), 97 ff.; *Schubert* (Fn. 398), 207.

des Maßstabs der »intermediate scrutiny« auf Frauenfördermaßnahmen, so ergäbe sich eine gravierende Ungereimtheit: »Affirmative action« zugunsten von Frauen würde weniger streng kontrolliert als »affirmative action« zugunsten der ethnischen Minderheiten, die dem Maßstab der »strict scrutiny« unterliegt (→ Rn. 107).⁵⁷⁵ Dieses Ergebnis scheint in Anbetracht der andauernden nachweisbaren offenen und versteckten Diskriminierung der ethnischen Minderheiten nicht vertretbar. Als vernünftigster Ausweg bietet sich die vom Supreme Court⁵⁷⁶ bereits angebahnte Aufgabe der ohnehin unklaren Unterscheidung zwischen »intermediate scrutiny« und »strict scrutiny« an.⁵⁷⁷ Es bleibt abzuwarten, wann und wie der Supreme Court den Knoten, der durch seine komplizierte Rechtsprechung entstanden ist, durchschlagen wird.

b) Rasse und Hautfarbe

- 156 Die verbotenen Diskriminierungsmerkmale »Rasse« und »Hautfarbe« – wie auch ethnische bzw. »nationale Herkunft« (→ Rn. 175 ff.) – verfolgen den gemeinsamen Zweck, Rassendiskriminierung zu bekämpfen.⁵⁷⁸ Der EGMR stellt immer häufiger ausdrücklich eine Verletzung des Art. 14 EMRK wegen einer Diskriminierung aufgrund der Rasse oder Hautfarbe fest. Bereits in dem Fall *Ostafrikanische Asiaten* (1974) gelangte die EKMR zu dem Ergebnis, dass die damalige Einwanderungsgesetzgebung Großbritanniens rassistisch motiviert war und die in Ostafrika lebenden britischen Staatsbürger asiatischer Herkunft aus Gründen ihrer Rasse bzw. Hautfarbe diskriminierte.⁵⁷⁹ Allerdings subsumierte sie die Behandlung der Bf. unter den Begriff der erniedrigenden Behandlung und stellte eine **Verletzung des Art. 3 EMRK** fest. In dem bereits erwähnten Fall *Abdulaziz u. a.*⁵⁸⁰ (→ Rn. 138) wurde dagegen eine Rassendiskriminierung durch die britischen Einwanderungsgesetze verneint, weil die Regelungen generell auf Einwanderungswillige aus allen Teilen der Welt anwendbar seien und nicht an Rasse, Hautfarbe und ethnische Herkunft anknüpften. Die Tatsache, dass mehr Farbige als Weiße von der Regelung betroffen seien, reiche für die Feststellung einer Rassendiskriminierung nicht aus. Denn sie sei nicht auf den Inhalt der Regelungen, sondern auf den Umstand zurückzuführen, dass bei den potentiellen Einwanderern bestimmte ethnische Gruppen stärker vertreten seien als andere.⁵⁸¹ Die naheliegende Frage nach einer mittelbaren Diskriminierung (→ Rn. 76 ff.) wurde vom EGMR nicht geprüft.

⁵⁷⁵ Dazu ausführlich *R. B. Levinson*, Gender-Based Affirmative Action and Reverse Gender Bias: Beyond *Gratz*, *Parents Involved*, and *Ricci*, *Harvard Journal of Law & Gender* 2011, 1.

⁵⁷⁶ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 531; 116 S.Ct. 2264 (1996); *Tuan anh Nguyen v. Immigration and Naturalization Service*, 533 U.S. 53, 60 u.70 (2001). Der S.Ct. verlangte hier für den Ausschluss von Frauen von der Aufnahme in eine Militärakademie einen äußerst überzeugenden Rechtfertigungsgrund (»exceedingly persuasive justification«).

⁵⁷⁷ Dazu näher *Peters*, Action in Favour of Women (Fn. 390), 106f.

⁵⁷⁸ *Peukert*, in: Frowein/Peukert, Art. 14 Rn. 21.

⁵⁷⁹ EKMR No. 4403/70 u. a., EuGRZ 1994, 386, §§ 197 ff., 201 – *East African Asians (Pl.)*.

⁵⁸⁰ EGMR No. 9214/80 u. a., A-94 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*.

⁵⁸¹ Ebd., § 85. Eine Minderheit der EKMR hielt die Regelungen dagegen unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der Einwanderungsgesetze für diskriminierend, weil ihnen die Absicht zugrunde liege, die Einwanderung von Farbigen zu verringern, und weil sie faktisch zu einer Verhinderung der Einwanderung aus den Ländern der gerade unabhängig gewordenen Commonwealth-Staaten und aus Pakistan führten.

In dem Staatenbeschwerdeverfahren *Zypern v. Türkei*, in dem es u.a. um die Lebensbedingungen der griechischen Zyprioten in Nordzypern ging, stellte der EGMR wiederum eine erniedrigende Behandlung aus Gründen der ethnischen Herkunft, Rasse und Religion der Betroffenen fest. Diese Behandlung verletze die Menschenwürde der Betroffenen und verstoße daher gegen Art. 3 EMRK.⁵⁸² Hier wird der enge Zusammenhang zwischen einer **Rassendiskriminierung** und der **Verletzung der Menschenwürde**, die Art. 3 EMRK ohne Einschränkungsmöglichkeiten schützt, deutlich (→ Rn. 65). Die gesonderte Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 14 EMRK hielt der EGMR nicht mehr für erforderlich.⁵⁸³ 157

In jüngerer Zeit ist zunehmend eine diskriminierende Behandlung von Angehörigen des Volkes der Roma gerügt worden. Diese Fälle betrafen zum einen rassistisch motivierte Gewalttaten von staatlicher oder privater Seite, zum anderen die Schulerziehung. In den erstgenannten Fällen scheiterte eine Verurteilung der betroffenen Staaten vielfach an der unzureichenden Beweislage.⁵⁸⁴ In dem grundlegenden Urteil *Nachova u. a.* lehnte die Große Kammer in Abweichung von der Kammer zwar eine Beweislastumkehr im Falle von potentiell rassistisch motivierter Polizeigewalt ab und verneinte mangels Beweisen eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 2 EMRK durch die Gewaltakte selbst. Sie leitete aber aus Art. 14 EMRK erstmals eine zusätzliche **Untersuchungspflicht** des Staates in Bezug auf das Vorliegen rassistischer Motive her.⁵⁸⁵ Bulgarien verstieß durch die mangelhafte Untersuchung der Vorfälle, in denen es Anhaltspunkte für eine rassistische Motivation der Beamten gab, die nicht abgeklärt worden waren, gegen Art. 14 i. V. m. Art. 2.⁵⁸⁶ Damit lag zwar keine materielle Rechtsverletzung i. S. einer aktiven Diskriminierung, wohl aber ein **Verstoß gegen den verfahrensmäßigen Aspekt des Diskriminierungsverbots** i. S. einer passiven Diskriminierung (→ Rn. 84 ff.) 158

⁵⁸² EGMR No. 25781/94, Rep. 2001-IV, §§ 302–315 – *Zypern v. Türkei* (GK).

⁵⁸³ Ebd., § 316 f.

⁵⁸⁴ EGMR No. 24329/02 – *Soare u. a.* (2011): mangels Beweises kein Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 2 EMRK durch den Gewaltakt selbst (§§ 201–205) und mangels hinreichender Anhaltspunkte auch kein Verstoß gegen die Untersuchungspflicht (§§ 206–208); ebenso No. 74832/01, §§ 114–118, 119–123 – *Mižigárova* (2010); No. 44862/04, § 98 – *Dimitrova u. a.* (2011); bereits unzulässig No. 310/04, §§ 67 f., 69–74 – *Seidova u. a.* (2010). Im Fall No. 18968/07, §§ 145–155, 176–180 – *V. C. v. Slowakei* (2011), in dem es erstmals um eine Sterilisation ging, rügte der EGMR einen Verstoß gegen die Schutzpflicht aus Art. 8 EMRK, da weder durch nationales Gesetz noch in der Praxis sichergestellt wurde, dass die Einwilligung von Roma-Frauen in eine Sterilisation ihrem tatsächlichen Willen entsprach und nach ausreichender Information über die Irreversibilität des Eingriffs getroffen wurde; Anhaltspunkte für eine rassistisch motivierte Handlung oder gar eine organisierte Politik gab es allerdings nicht.

⁵⁸⁵ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, §§ 124–159, 161–168 – *Nachova u. a.* (GK); ausführlich zu *Nachova* und ähnlich gelagerten Fällen der Verletzung der staatlichen Pflicht zur Untersuchung möglicherweise rassistisch motivierter Gewalttaten *D. Thürer/N. Burri*, Rassismusbekämpfung im europäischen Rechtsraum: Neue Impulse durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: FS Wolfrum, 2011, 605 (612 ff.).

⁵⁸⁶ Vgl. dazu *D. Thürer/B. Dold*, Keine Beweislastumkehr in Bezug auf Rassismus-Vorwürfe vor der Großen Kammer des EGMR im Fall *Nachova u. a.* gegen Bulgarien, EuGRZ 2005, 697. Die mangelhafte Untersuchung rassistisch motivierter Straftaten von Privaten hat in den Fällen *Šečić* (EGMR No. 40116/02, §§ 66 ff. [2007]) und *Angelova u. Iliev* (No. 55523/00, §§ 107 ff. [2007]) ebenfalls zu Verurteilungen durch den EGMR geführt; anders jedoch EGMR No. 46423/06, §§ 89 ff. – *Beganović* (2009), weil es sich bei dem Angriff auf den Bf. um einen Racheakt ohne rassistische Motivation handelte.

vor. In weiteren Fällen von massiver Polizeigewalt gegen Roma wurde die Verletzung dieser Untersuchungspflicht auch als Verstoß gegen Art. 14 i. V.m. Art. 3 EMRK qualifiziert.⁵⁸⁷

Die Schulerziehung betreffend hat die Entscheidung des EGMR in der Sache *D.H. u. a. v. Tschechien* große Beachtung erfahren.⁵⁸⁸ Die Bf., Angehörige der Bevölkerungsgruppe der Roma, wandten sich gegen ihre Einschulung in die Sonderschule. Der EGMR bejahte in dieser Entscheidung erstmals ausdrücklich das Vorliegen einer **mittelbaren Diskriminierung**⁵⁸⁹ (→ Rn. 78) aufgrund des Merkmals »Rasse« bzw. »ethnische Herkunft« und betonte, dass Rassendiskriminierung eine besonders verletzende Art der Diskriminierung sei, die angesichts ihrer gefährlichen Folgen besondere Aufmerksamkeit und eine energische Reaktion der Behörden erfordere.⁵⁹⁰ Daher seien an die Rechtfertigung besonders hohe Anforderungen zu stellen (→ Rn. 225 ff.). Auffällig ist, dass der EGMR in jüngerer Zeit vermehrt auf internationale Dokumentationen zur besonderen Verletzlichkeit der Sinti und Roma in den jeweiligen Mitgliedstaaten verweist und seine Urteile im Wesentlichen auf diese Quellen abstützt.⁵⁹¹ In dem nicht zu einer der beiden Fallgruppen gehörenden Fall *Sejdić und Finci* überprüfte der Gerichtshof sogar Bestimmungen der Verfassung von Bosnien-Herzegowina, die die Wahl von Personen, die nicht einer der drei konstitutiven Volksgruppen (Bosnier, Serben und Kroaten) angehörten, in das Parlament oder in die Präsidentschaft ausschlossen, sowohl am Maßstab von Art. 14 EMRK i. V.m. Art. 3 ZP als auch erstmals am Maßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 1 ZP 12. Er stellte fest, dass die Bf., ein Jude und ein Roma, wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt worden seien. Er erkannte zwar das mit diesen Bestimmungen verfolgte Ziel, den Frieden in dem von Krieg und »ethnischer Säuberung« zerrissenen Land wiederherzustellen, als legitim an. Die im Fall einer ethnischen Diskriminierung besonders strikten Anforderungen an eine Rechtfertigung sah er jedoch als nicht erfüllt an.⁵⁹²

159 Weltweit ist die Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Hautfarbe oder des nationalen Ursprungs in dem **Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966 (CERD)**⁵⁹³ geregelt. Im Rahmen des fakultativen Individualbeschwerdeverfahrens (Art. 14) hat der Rassendiskriminierungsausschuss in dem Fall *Yilmaz-Dogan v. Niederlande* die Kündigung einer

⁵⁸⁷ EGMR No. 15250/02, §§ 58 ff. – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 48254/99, §§ 85 ff. – *Cobzaru* (2007); Nos. 42722/02, §§ 111 ff. – *Stoica* (2008) u. No. 44256/06, §§ 73 ff. – *Turan Cakir* (2009).

⁵⁸⁸ *Sambuc Bloise* (Fn. 279), 31–43; *Heyden/von Ungern-Sternberg* (Fn. 276), 81; *Hobcraft* (Fn. 279), 245; *D. Thürer/N. Burri* (Fn. 585), 621 ff.

⁵⁸⁹ Kritisch bzgl. der Annahme einer mittelbaren Diskriminierung in den Fällen der Errichtung von Sonderschulen bzw. -klassen für Romakinder *Bogaert* (Fn. 266), 739 f., 742 f., 749 f.

⁵⁹⁰ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, §§ 176 ff. – *D.H. u. a. v. Tschechische Republik (GK)*; vgl. auch No. 32526/05, §§ 66 ff. – *Sampanis u. a.* (2008); EGMR No. 15766/03, Rep. 2010, §§ 156 ff. – *Orsus u. a. (GK)*. Siehe zu diesen Urteilen ausführlich *A. Smith/R. O'Connell*, Transition, Equality and Non-Discrimination, in: A. Buyse/M. Hamilton (Hrsg.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR – Justice, Politics and Rights*, 2011, 185 (202 ff.).

⁵⁹¹ Siehe beispielsweise die Berichte des Europarats über Kroatien wie auch relevante Materialien der Vereinten Nationen in EGMR No. 15766/03, Rep. 2010, §§ 67–95 – *Orsus u. a. (GK)*.

⁵⁹² EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, §§ 42 ff. – *Sejdić u. Finci* (GK).

⁵⁹³ BGBl. 1969 II 961. Dazu näher *R. Wolfrum*, Das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Rasse, Herkunft, Sprache oder Hautfarbe im Völkerrecht, in: ders. (Hrsg.), (Fn. 57), 215 (224 ff.) m. w. N.

schwangeren türkischen Arbeitnehmerin überprüft. Der Arbeitgeber hatte die Entlassung damit begründet, dass ausländische Arbeitnehmerinnen im Gegensatz zu niederländischen Frauen, die nach der Geburt eines Kindes zu Hause blieben, ihr Kind in fremde Obhut gäben, sich bei Schwierigkeiten bei der Betreuung häufig krank melde-ten und der Arbeit fernblieben. Der Ausschuss stellte einen Verstoß gegen die diskriminierungsfreie Ausübung des Rechts auf Arbeit fest, weil das zuständige Gericht die Kündigung bestätigt hatte, ohne auf die besonderen Umstände des Falles einzugehen.⁵⁹⁴ Außerdem hat der Ausschuss – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR – eine Pflicht der Vertragsstaaten statuiert, eine effektive Untersuchung potentieller rassistischer Motive durchzuführen, und in einigen Fällen eine Verletzung dieser Untersuchungspflicht festgestellt.⁵⁹⁵

Im Unionsrecht ist das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse, der Hautfarbe und der ethnischen Herkunft in Art. 21 Abs. 1 GRCh verankert. Sekundärrechtlich verbietet die sog. Rassendiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG,⁵⁹⁶ die auf der Grundlage des Art. 19 Abs. 1 AEUV erlassen worden ist, jede Form der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft.⁵⁹⁷ Sie gilt nicht nur für den öffentlichen Bereich, sondern auch für privatrechtliche Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, soweit der Zugang zu und die Versorgung mit der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen, einschließlich Wohnraum, betroffen sind (Art. 3 Abs. 1 lit. h der Richtlinie).⁵⁹⁸ Der Geltungsbereich dieser Richtlinie muss nach der Rechtsprechung des EuGH zwar weit ausgelegt werden, umfasst jedoch nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht die Umschrift von Vor- und Nachnamen in Personenstandsunterlagen gemäß den Schreibregeln einer offiziellen Landessprache eines anderen Mitgliedstaats. Folglich verneinte der Gerichtshof die von den Klägern geltend gemachte mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft, schloss aber einen Verstoß gegen das allgemeine Freizügigkeitsrecht nicht aus.⁵⁹⁹ Die Mitgliedstaaten werden in der Richtlinie außerdem verpflichtet, »wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen« für Verstöße gegen das Verbot der Rassendiskriminierung

⁵⁹⁴ UN-Rassendiskriminierungsausschuss, Beschwerde No.1/1984, CERD/C/36/D/1/1984 v. 29.9.1988, § 9.3.

⁵⁹⁵ So z.B. die Beschwerden No.46/2009, CERD/C/80/D/46/2009 v. 2.4.2012, § 7.4. und No.43/2008, CERD/C/77/D/43/2008 v. 21.9.2010, §§ 7.3., 7.6. Siehe auch General Recommendations No.30 on Discrimination against Non Citizens (2004) and No.31 on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System (2005).

⁵⁹⁶ Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 L 180/22. Siehe zur problematischen Situation der Roma den Bericht der Europäischen Kommission, Verbesserung der Instrumente zur sozialen Eingliederung und Nichtdiskriminierung von Roma in der EU, 2011.

⁵⁹⁷ Siehe dazu E. Howard, The EU Race Directive. Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU, 2010.

⁵⁹⁸ Deutlich wird die Reichweite der Richtlinie 2000/43/EG an der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-54/07, 10.7.2008 – *Feryn*: Die belgische Fa. *Feryn* hatte öffentlich erklärt, auf die Einstellung von marokkanischen Arbeitnehmern zu verzichten. Obwohl kein konkreter Bewerber diskriminiert wurde, stellte der EuGH eine unmittelbare Diskriminierung i.S.d. Richtlinie fest. Dazu J.F. Lindner, Die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes durch den EuGH, NJW 2008, 2750 (zur Privatwirkung auch → Rn.88ff.).

⁵⁹⁹ EuGH Rs. C-391/09, 12.5.2011, Rn.43ff., 66ff. – *Runevič-Vardyn u. Wardyn*: Schreibweise eines polnischen Namens in litauischen Personenstandsunterlagen.

vorzusehen (Art. 15 der Richtlinie). Damit geht die Richtlinie weit über den begrenzten Anwendungsbereich des Art. 14 EMRK hinaus (→ Rn. 115). Diese Richtlinie ist mit dem AGG in deutsches Recht umgesetzt worden (→ Rn. 4); Rechtsprechung deutscher Obergerichte zur Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft gibt es bisher aber kaum.⁶⁰⁰

c) Sprache⁶⁰¹

- 161 Leitentscheidung im Bereich der EMRK ist der bereits mehrfach erwähnte *Belgische Sprachenfall*.⁶⁰² Die Bf., französischsprachige Eltern, machten eine Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK und Art. 2 ZP geltend, weil nach einer Gesetzesänderung in den öffentlichen Schulen der flämischen Sprachregion kein französischsprachiger Unterricht mehr angeboten wurde. Dies betraf umgekehrt auch die Schulen im französischsprachigen Teil Belgiens. Schulen, die in beiden Sprachen unterrichteten, erhielten keine Subventionen; ihre Zeugnisse wurden nicht anerkannt. Eine Sonderregelung galt für die sechs flämischen Randgemeinden Brüssels, die, obwohl im flämischsprachigen Teil gelegen, eine große Zahl französischsprachiger Einwohner hatten. Allerdings war der Besuch einer französischsprachigen Schule denjenigen Kindern verwehrt, die dort nicht ihren Wohnsitz hatten. Im Gegensatz dazu nahmen die flämischsprachigen Schulen jedes Kind – unabhängig von seinem Wohnsitz – auf. Der EGMR verneinte einen Verstoß der allgemeinen Sprachenregelung gegen das Diskriminierungsverbot, weil er die unterschiedliche Behandlung von flämisch- und französischsprachigen Kindern in der jeweiligen Region Flandern bzw. Wallonien als gerechtfertigt ansah. Er hielt das mit der Sprachenregelung verfolgte Ziel, die **Wahrung der sprachlichen Einheit in den beiden großen Sprachregionen**, für legitim und sah die Regelung als verhältnismäßig an, weil den Eltern die Möglichkeit blieb, ihre Kinder auf private französischsprachige Schulen zu schicken. Die Sonderregelung für die Brüsseler Randgemeinden verstieß demgegenüber gegen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Satz 1 ZP, weil das Wohnsitzerfordernis nur für eine der beiden Sprachgruppen galt. Sie sei, wie die günstigere Regelung für flämischsprachige Kinder zeige, nicht aus administrativen oder finanziellen Gründen erforderlich, sondern entspringe einzig und allein aus

⁶⁰⁰ Siehe aber BAG 8 AZR 48/10 v. 22. 6. 2011, NJW 2012, 171.

⁶⁰¹ Ein rechtsvergleichender Überblick zum Diskriminierungsmerkmal »Sprache«, der Art. 14 EMRK, Art. 3 Abs. 3 GG sowie die Rechtslage in Kanada einbezieht, findet sich bei A. Weber, Menschenrechte – Texte und Fallpraxis, 2004, 920 ff.

⁶⁰² EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 7 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; vgl. dazu E. Grisel, ZaöRV 27 (1967), 693; Pelloux (Fn. 131), 208 ff.; Wildhaber (Fn. 131), 9 ff.; Khol (Fn. 131), 263 ff. In einem weiteren Fall aus Belgien, in dem eine Diskriminierung französischsprachiger Wähler und Abgeordneter gegenüber niederländischsprachigen und damit die Differenzierungsmerkmale »Sprache« und »Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit« geltend gemacht wurden, hat der EGMR das Vorliegen einer Diskriminierung abgelehnt, vgl. EGMR No. 9267/81, A 113, §§ 58 f. – *Mathieu-Mohin u. Clerfayt*. Ähnlich EKMR No. 8142/78, DR 18, 88 (91) – *X v. Österreich* (1979): Die Bf. hatte geltend gemacht, dass durch die Fragestellung eines Zensus Bürgers mit zwei Muttersprachen gegenüber denen mit nur einer Muttersprache ungleich behandelt würden. Die EKMR hat nur festgestellt, dass für sprachliche Minderheiten als solche keine Rechte in der EMRK vorgesehen seien und dass die Angehörigen der Minderheit nur über Art. 14 EMRK bei Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer Minderheit geschützt würden, vgl. aaO, 92 f.

Erwägungen, die sich auf die Sprache bezögen.⁶⁰³ Hier wandte der EGMR zu Recht das »Wenn-dann-Schema« (→ Rn. 42, 86) an: Wenn Belgien, ohne hierzu durch die Konvention verpflichtet zu sein, in einem bestimmten Gebiet sowohl flämisch- als auch französischsprachige Schulen einrichtet, muss es den Zugang zu diesen Schulen unter den gleichen Bedingungen gewährleisten. Hinsichtlich mangelnder Kenntnisse der Gerichtssprache im Strafverfahren stellte der EGMR klar, dass für die Befreiung von den Dolmetscherkosten Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK als *lex specialis* gegenüber Art. 14 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen ist und Art. 14 EMRK daher keine Anwendung findet.⁶⁰⁴

Im Unionsrecht ist das Differenzierungskriterium der Sprache in Art. 21 Abs. 1 GRC verankert worden, wohingegen es wegen zu unterschiedlicher Auffassungen der Mitgliedstaaten keine Aufnahme in Art. 13 EGV (jetzt Art. 19 AEUV) fand. Zudem enthält Art. 22 GRC einen programmatischen Grundsatz, dem zufolge die Union neben der Vielfalt der Kulturen und Religionen auch die Vielfalt der Sprachen achtet. Eine Pflicht zur Ergreifung positiver Maßnahmen ist damit nicht verbunden.⁶⁰⁵ Der EuGH hat im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit anerkannt, dass die Mitgliedstaaten zur Wahrung ihrer nationalen Identität als Voraussetzung für den Zugang zur Beschäftigung besondere Sprachkenntnisse verlangen dürfen, soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. In diesem Fall scheidet eine mittelbare Diskriminierung der Stellenbewerber aus anderen Mitgliedstaaten aus.⁶⁰⁶

Das Merkmal der Sprache in Art. 3 Abs. 3 GG, das sowohl nationale Minderheiten (Dänen, Sorben, Friesen) als auch andere Gruppen wie Gastarbeiter, Flüchtlinge usw. schützt,⁶⁰⁷ ist eher selten Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG gewesen.⁶⁰⁸ Die Frage, ob das Diskriminierungsverbot nur die Anknüpfung an die Muttersprache oder auch an mangelnde Sprachkenntnisse umfasst, ist in der Literatur umstritten.⁶⁰⁹ Für grundrechtssensible Bereiche wie den Kontakt eines ausländischen Untersuchungshäftlings zur Außenwelt hat das BVerfG den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG jedenfalls als betroffen angesehen.⁶¹⁰ Die Festlegung der deutschen Sprache als Amtssprache (§ 23 Abs. 1 VwVfG) und als Gerichtssprache (§ 184 GVG) verletzt zwar das

⁶⁰³ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 33 *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*.

⁶⁰⁴ EGMR No. 6210/73 u. a., § 51 ff. – *Luedicke, u. a.* (1978); zuvor EKMR Nos. 6210/73 u. a. – *Luedicke* (1977). Während die EKMR die Prüfung des Art. 14 EMRK in Anbetracht der bereits bejahten Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK für entbehrlich gehalten hatte, hat der EGMR die parallele Anwendbarkeit des Art. 14 EMRK ausdrücklich abgelehnt, vgl. NJW 1979, 1091 (1092) § 53. Siehe dazu K. Henrard, *Language and the Administration of Justice: The International Framework*, *International Journal on Minority and Group Rights* 7 (2000), 75, 82 f.

⁶⁰⁵ Dazu *Ennusat*, in: Tettinger/Stern, Art. 22 Rn. 22 f.; *Heselhaus*, in: Heselhaus/Nowak, § 46 Rn. 81 ff.

⁶⁰⁶ EuGH Rs. C-379/87, Slg. 1989, 3967, Rn. 19 ff. – *Groener*, wo es um die Frage ging, ob Irland von Universitätsdozenten aus anderen Mitgliedstaaten die Kenntnis der gälischen Sprache verlangen konnte.

⁶⁰⁷ *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 389.

⁶⁰⁸ BVerfGE 4, 52 stellt den bisher einzigen Fall bezüglich nationaler Minderheiten dar.

⁶⁰⁹ Vgl. m. w. N. *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 299; vgl. auch *Flessner*, NJOZ 2011, 1913 (1918) in Bezug auf einen Gesetzentwurf, der in »internationalen Handelssachen« die englische Sprache als Verfahrenssprache vor deutschen Gerichten vorsieht.

⁶¹⁰ So ausdrücklich BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, BVerfGK 2, 36.

Diskriminierungsverbot nicht.⁶¹¹ Daran schließt sich aber die Frage an, unter welchen Voraussetzungen dem Sprachunkundigen die Kosten für Dolmetscher und Übersetzungen auferlegt werden dürfen. Mit der Kostenregelung des § 464c StPO ist der deutsche Gesetzgeber den Vorgaben von Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK und der Rechtsprechung des EGMR gefolgt, nach der jeder sprachunkundige Angeklagte Anspruch auf den unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers hat.⁶¹² Für darüber hinausgehende Übersetzungskosten im Rahmen der Untersuchungshaft hat das BVerfG einen differenzierenden Ansatz entwickelt.⁶¹³

d) Religion

- 163 Die Diskriminierung aus Gründen der Religion hat in der Rechtsprechung des EGMR im Bereich von **Familie und Schule** eine wichtige Rolle gespielt. In der Sache *Kjeldsen u. a.* wehrten sich die Kläger gegen die Einführung eines obligatorischen Sexualkundeunterrichts ohne Befreiungsmöglichkeit an den öffentlichen Volksschulen und machten unter Hinweis darauf, dass in Bezug auf den Religionsunterricht eine Befreiungsmöglichkeit vorgesehen sei, eine Diskriminierung aufgrund der Religion geltend. Der EGMR verneinte bereits das Vorliegen einer vergleichbaren Situation (→ Rn. 121 ff.). Zudem knüpfte die angegriffene gesetzliche Regelung nicht, wie bei Art. 14 EMRK erforderlich, an ein personenbezogenes Differenzierungskriterium wie die Religion, sondern an einen sachbezogenen Unterschied – einerseits Vermittlung von Kenntnissen bei der Sexualerziehung und andererseits Verbreitung von Lehren im Religionsunterricht.⁶¹⁴ In *Grzelak* stellte der EGMR demgegenüber fest, dass die Ungleichbehandlung von nicht-gläubigen Schülern, die statt des Religionsunterrichts den Ethikunterricht bevorzugten, und gläubigen Schülern, die den Religionsunterricht besuchten, nicht gerechtfertigt ist. Denn zum einen wurde an der Schule des Bf. der Ethikunterricht mangels Nachfrage nicht angeboten, und zum anderen wurde der Bf. durch das Fehlen einer Note für den Religionsunterricht als Nicht-Gläubiger stigmatisiert. Im Ergebnis bejahte der EGMR daher eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 9 EMRK in der Form der negativen Religionsfreiheit.⁶¹⁵ In *Hoffmann* war das Sorgerecht für zwei kleine Kinder ausnahmsweise dem Vater zugesprochen worden, weil die Mutter eine Zeugin Jehovas war und der Oberste Gerichtshof nachteilige Auswirkungen ihrer Religionszugehörigkeit auf das Kindeswohl angenommen hatte. Der EGMR bejahte eine Verletzung von Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK, weil eine Ungleichbehandlung allein aus Gründen der Religion nicht hinnehmbar sei.⁶¹⁶ Mit Blick auf die kirch-

⁶¹¹ BVerfGE 64, 135 (165 f.); BVerfG 2 BvR 881/85, NJW 1987, 3077. Vgl. zu § 184 GVG J. Meyer, »Die Gerichtssprache ist deutsch« – auch für Ausländer?, ZStW 93 (1981), 507; zu § 23 VwVfG: S. Eisenmenger, Moderne Verwaltung – Modernes Verfahren, GewArch 2012, 145 (150).

⁶¹² Vgl. BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, NJW 2004, 1095 mit Verweis auf BT-Drs. 11/4394 S. 11 zu Art. 2.

⁶¹³ BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, NJW 2004, 1095: Unterscheidung zwischen den Übersetzungskosten bei der Brief- und Besuchskontrolle einerseits und den Kosten bei notwendigen Ermittlungshandlungen wie der Telefonüberwachung andererseits.

⁶¹⁴ EGMR No. 5095/71 u. a., A 23, § 56 – *Kjeldsen u. a.*

⁶¹⁵ EGMR No. 7710/02, §§ 95 ff. – *Grzelak* (2010).

⁶¹⁶ EGMR No. 12875/87, A 255-C, § 36 – *Hoffmann*; ebenso: No. 64927/01, §§ 42 f. – *Palau-Martinez* (2003); anders dagegen: No. 37614/02, §§ 59 ff. – *Ismailova* (2007), da der bekl. Staat im Einzelfall nachweisen konnte, dass von der Religionszugehörigkeit der Mutter eine Gefahr für das Kin-

liche Eheschließung stellte er in *O'Donoghue* fest, dass das Erfordernis einer Heiratsgenehmigung lediglich für Einwanderer, die nicht bereit waren, nach den Bräuchen der Church of England zu heiraten, Art. 14 i. V.m. Art. 9 und Art. 12 EMRK verletzte. Den Bf., einem nigerianischen und einer britisch-irischen Staatsangehörigen römisch-katholischen Glaubens, war die Heiratsgenehmigung, welche die Eingehung von Scheinehen verhindern sollte, versagt worden. Einwanderer in einer vergleichbaren Situation, die sich bereit erklärten, nach den Bräuchen der Church of England zu heiraten, benötigten dagegen keine Heiratserlaubnis.⁶¹⁷

Eine Reihe von Fällen betraf Fragen der **Ableistung des Wehr- und Ersatzdienstes**. 164 Im Fall *Grandrath* sah die EKMR eine Ungleichbehandlung, der zufolge hauptamtlich tätige katholische und protestantische Pfarrer, nicht aber ehrenamtlich tätige Geistliche anderer Religionsgruppen wie der Zeugen Jehovas vollständig von der Ableistung des Wehr- und Ersatzdienstes befreit waren, als aus einem sachlichen Grund gerechtfertigt an.⁶¹⁸ In *Heudens* verneinte die EKMR eine Verletzung von Art. 14 i. V.m. Art. 9 EMRK bereits deshalb, weil die Situation von Wehrdienstverweigerern, die bereit waren, den Wehrdienst ohne Waffen oder einen Ersatzdienst abzuleisten, mit der Lage des Bf., der als Zeuge Jehovas von vornherein jede Form des Wehr- und Ersatzdienstes verweigerte, nicht vergleichbar war.⁶¹⁹ Eine finnische Regelung, die die Dauer des Ersatzdienstes unter gleichzeitiger Abschaffung der Gewissensprüfung gegenüber der Dauer des Wehrdienstes erheblich verlängerte, um auf diese Weise die Ernsthaftigkeit der Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen sicherzustellen, sah die EKMR unter Beachtung des Einschätzungsspielraums des Staates als noch verhältnismäßig an.⁶²⁰ Hier hätte es nahe gelegen, den staatlichen Einschätzungsspielraum unter Hinweis auf die Herausbildung eines gemeineuropäischen Standards einzuschränken. Kurz zuvor hatte z.B. das Europäische Parlament in einer Entschließung zur Wehrdienstverweigerung gefordert, dass der zivile Ersatzdienst genauso lange dauern solle wie der Wehrdienst.⁶²¹ Im Fall *De Jong u. a.* waren Wehrpflichtige, die angesichts ihres geplanten Einsatzes als Teil einer UN-Friedenstruppe im Libanon einen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt und die Befolgung bestimmter Befehle verweigert hatten, inhaftiert und vor ein Militärgericht gebracht worden. Ihre von der gewöhnlich befolgten Praxis abweichende Behandlung sah der EGMR als gerechtfertigt an, weil er die bevorstehende Mission ihrer Einheit im Libanon als objektiven und vernünftigen Grund für die Ungleichbehandlung anerkannte.⁶²²

deswohl ausging. Siehe dazu R. Kohlhofer, Das Recht auf Religionsfreiheit in der Judikatur des EGMR, in: G. Besier/H. Seiwert (Hrsg.), Religiöse Intoleranz und Diskriminierung in ausgewählten Ländern Europas, 2011, 223 (228f.).

⁶¹⁷ EGMR No. 34848/07, §§ 102 ff. – *O'Donoghue* (2011).

⁶¹⁸ EKMR No. 2299/64, YB 10 (1967), 626 – *Grandrath* (Pl.).

⁶¹⁹ EKMR No. 24630/94, § 5 – *Heudens* (1995).

⁶²⁰ EKMR Nos. 17086/90 u. 17087/90 – *Autio* bzw. *Julin* (1991). Vgl. auch No. 20972/92 – *Raninen* (1996) zur offensichtlich unbegründeten Beschwerde eines Totalverweigerers, der eine längere Gefängnisstrafe erhielt als Verweigerer, die zunächst den Ersatzdienst wählten und ihn später verweigerten. Der MR-Ausschuss hat demgegenüber in jüngeren Entscheidungen gegen Frankreich die Verdoppelung der Zeit für den Ersatzdienst als nicht gerechtfertigt angesehen, vgl. *Nowak*, CCPR Commentary, 2005, Art. 26 Rn. 28f.

⁶²¹ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 13. 10. 1989, EuGRZ 1989, 460.

⁶²² EGMR No. 8805/79 u. a., A 77, § 62 – *De Jong u. a.*

- 165 In dem anders gelagerten Fall *Thlimmenos* war der Bf., der als Zeuge Jehovas den Wehrdienst verweigert und dafür eine mehrjährige Freiheitsstrafe verbüßt hatte, unter Hinweis auf diese Vorstrafe nicht zum amtlichen Wirtschaftsprüfer bestellt worden. Er machte eine Verletzung von Art. 14 i. V.m. Art. 9 EMRK geltend, weil die griechischen Regelungen bei der Berücksichtigung von Vorstrafen nicht zwischen religiös begründeten und sonstigen Straftaten differenzierten. Der EGMR bejahte hier erstmals einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot durch eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung grundlegend verschiedener Sachverhalte (→ Rn. 74). Eine Verurteilung wegen Wehrdienstverweigerung aus religiösen Gründen lasse – anders als eine Vorstrafe wegen sonstiger erheblicher Straftaten – keinen Rückschluss auf die berufliche Zuverlässigkeit und Eignung des Betroffenen zu.⁶²³ Ebenso sah der EGMR einen Verstoß gegen Art. 14 i. V.m. Art. 9 EMRK in einer österreichischen Regelung, die Inhaber eines religiösen Amtes der Zeugen Jehovas zum Wehrdienst verpflichtete, während Geistliche anerkannter Religionsgemeinschaften von diesem befreit waren.⁶²⁴
- 166 Insgesamt ist die **Rechtsprechung von EKMR und EGMR zum Diskriminierungsverbot bei der Verweigerung des Wehr- und Ersatzdienstes** aus Gründen der Religion **eher restriktiv**, weil den Vertragsstaaten ein weiter Einschätzungsspielraum bei der Ausgestaltung der Wehrpflicht zuerkannt wird. Für eine weitgehende Gestaltungsfreiheit der Staaten spricht auch die Regelung in Art. 4 Abs. 2 und 3, lit. b EMRK, die den Wehr- und Ersatzdienst erlaubt, sofern ein Recht auf Dienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist. Ausnahmen von dieser staatsbürgerlichen Pflicht, die allen Betroffenen eine schwere Bürde auferlegt, können daher nur aus gewichtigen Gründen gerechtfertigt sein.⁶²⁵
- 167 Ein weiter Einschätzungsspielraum wird den Staaten auch in den Fällen zugestanden, die die **Ungleichbehandlung bei Steuervergünstigungen** aus religiösen Gründen betreffen. In *Darby* stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 14 EMRK i. V.m. Art. 1 ZP (Recht auf Eigentum) fest, weil für eine Befreiung von der Kirchensteuer, die nur für in Schweden arbeitende und wohnhafte, nicht aber für im Inland arbeitende und im Ausland lebende Nichtmitglieder der Staatskirche vorgesehen war, kein legitimer Zweck erkennbar war.⁶²⁶ Die EKMR hatte demgegenüber eine Verletzung des Art. 14 i. V.m. Art. 9 EMRK angenommen, weil die von der schwedischen Regierung vorgebrachten Gründe nicht ausreichten, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.⁶²⁷ In einem anderen Fall verneinte die EKMR eine Diskriminierung anderer Religionsgemeinschaften hinsichtlich der steuerlichen Sonderbehandlung der katholischen Kirche in Spanien, weil diese auf ein Konkordat zurückzuführen sei.⁶²⁸
- 168 Einen strengeren Maßstab hat der EGMR zu Recht in einem Fall angelegt, in dem es um die **Verletzung der staatlichen Schutzpflicht** (→ Rn. 88 ff.) gegenüber einer religiösen Gruppe ging. Mitglieder der Zeugen Jehovas waren in Georgien von einer Gruppe orthodoxer Extremisten während eines Gottesdienstes angegriffen und z.T. schwer

⁶²³ EGMR No. 34369/97, Rep. 2000-IV, §§ 44 ff. – *Thlimmenos* (GK).

⁶²⁴ EGMR No. 42967/98, §§ 45 ff. – *Löffelmann* (2009); No. 49686/99, §§ 30 ff. – *Gütl* (2009); No. 28648/03, §§ 16 ff. – *Lang* (2009).

⁶²⁵ EKMR No. 24630/94, § 5 – *Heudens* (1995).

⁶²⁶ EGMR No. 11581/85, §§ 33 f. – *Darby* (1990).

⁶²⁷ EGMR No. 11581/85, § 26 – *Darby* (1990).

⁶²⁸ EKMR No. 17522/90, DR 72, 256, § 2 – *Iglesia Bautista »El Salvador«*.

misshandelt worden. Die georgischen Behörden schritten weder ein, um die Bf. zu schützen, noch führten sie nach dem Vorfall ernsthafte Ermittlungen durch. Der Gerichtshof bejahte eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 3 und 9 EMRK, weil die Gleichgültigkeit der Behörden auf die religiösen Überzeugungen der Bf. zurückzuführen war.⁶²⁹ In einem ähnlich gelagerten Fall machte der EGMR unter Verweis auf seine Rechtsprechung zur Rassendiskriminierung deutlich, dass die staatlichen Behörden bei entsprechenden Anhaltspunkten die zusätzliche Pflicht treffe zu ermitteln, ob der Tat religiöser Hass oder religiöse Vorurteile zugrunde lagen.⁶³⁰

In dem Fall *The Holy Monasteries*, in dem es auch um die **Bevorzugung einer bestimmten Religionsgemeinschaft** – hier bei der Enteignung von Ländereien – ging, verneinte der EGMR eine Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 ZP. Die bevorzugte Behandlung der griechisch-orthodoxen Klöster im Vergleich zu anderen Klöstern sei wegen der engen Verbindung zwischen dem griechischen Staat und der griechisch-orthodoxen Kirche aus objektiven und vernünftigen Gründen gerechtfertigt.⁶³¹ Ebenso sah der EGMR die bevorzugte Behandlung einer Vereinigung der großen jüdischen Gemeinden in Frankreich gegenüber einer kleinen ultra-orthodoxen Vereinigung bei der Genehmigung ritueller Schlachtungen als gerechtfertigt an. Es genüge, wenn der Sammelvereinigung eine Genehmigung erteilt worden sei und die Mitglieder religiöser Splittergruppen ihr Fleisch von dieser oder aus dem Ausland beziehen könnten. Auch hier verwies er wiederum auf den weiten Einschätzungsspielraum, den der Mitgliedstaat bei der Ausgestaltung der sensiblen Beziehungen zwischen Staat und Kirchen habe.⁶³² Eine Regelung, nach der eine religiöse Gruppe über 20 Jahre in dem betreffenden Staat bestanden haben muss, bevor ihr die privilegierte Rechtsform der Religionsgemeinschaft zugebilligt wird, hielt der EGMR dagegen für nicht gerechtfertigt. Eine solche Wartezeit sei zwar bei neugegründeten und unbekannten religiösen Gruppen im Einzelfall zu rechtfertigen, nicht allerdings bei international bekannten Gruppen wie den Zeugen Jehovas.⁶³³

Das BVerfG hat demgegenüber in seinem Urteil zum **Schächtverbot** für muslimische Metzger auf die religiösen Anschauungen derjenigen Glaubensgruppe abgestellt, der die Betroffenen angehörten.⁶³⁴ Danach ist das Schächten als aus religiösen Gründen zwingend geboten anzusehen, wenn die konkret betroffene Glaubensgemeinschaft die

⁶²⁹ EGMR No. 71156/01, §§ 138 ff. – *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses u. a.* (2007).

⁶³⁰ EGMR No. 44614/07, §§ 96 ff. – *Milanović* (2011): Im Rahmen der Prüfung von Art. 14 i. V. m. Art. 3 EMRK stellte der EGMR fest, dass die serbischen Behörden bei der Aufklärung der Angriffe Privater gegen den Bf. lediglich *pro forma* eine im Ergebnis erfolglose Ermittlung durchführten, obwohl die Taten auf dessen führende Rolle in der Hare Krishna Hindu Gemeinde Serbiens zurückzuführen waren.

⁶³¹ EGMR Nos. 13092/87 u. 13984/88, A 301-A, § 92 – *The Holy Monasteries*.

⁶³² EGMR No. 27417/95, §§ 86–88 – *Cha'are Shalom ve Tsedek* (2000); dazu kritisch K.-A. Schwarz, Das Spannungsverhältnis von Religionsfreiheit und Tierschutz am Beispiel des »rituellen Schächtens«, 2003, 67 f. m. w. N.

⁶³³ EGMR No. 40825/98, §§ 96 ff. – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas* (2008); dazu H. Weber, Die Rechtsprechung des EGMR zur religiösen Vereinigungsfreiheit und der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften in Deutschland, NVwZ 2009, 503. Siehe auch EGMR No. 7798/08, §§ 85 ff. – *Savez Crkava* (2010): Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 9 EMRK wegen der unterschiedlichen Anwendung von Kriterien bei der staatlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften.

⁶³⁴ Ausführlich dazu S. Lavi, Der Islam zwischen christlicher Tradition und jüdischer Geschichte.

Existenz entsprechender zwingender Vorschriften darlegt. Da in diesen Fällen eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen ist, sieht das BVerfG keinen Raum mehr für einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz oder das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion.⁶³⁵ Insgesamt ist festzuhalten, dass in der Rechtsprechung des BVerfG Beeinträchtigungen wegen des Glaubens oder der (a)religiösen Anschauung in der Regel am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (Recht auf Glaubensfreiheit) geprüft werden. Wenn es – wie im Fall *Ludin*⁶³⁶ – um Beamtenrecht geht, ziehen die Gerichte Art. 33 Abs. 2 und 3 GG als *leges speciales* heran. Fragen der Wehr- und Ersatzdienstverweigerung fallen in den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 3 GG (Recht auf Kriegsdienstverweigerung). Deshalb führt das besondere Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion gemäß Art. 3 Abs. 3 GG in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ein Schattendasein.⁶³⁷

- 171 Im Unionsrecht ist ein Diskriminierungsverbot wegen der Religion oder der Weltanschauung in Art. 21 Abs. 1 GRC festgeschrieben.⁶³⁸ Konkretisiert wird es für den Bereich des Erwerbslebens in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. In Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie ist eine Bereichsausnahme für berufliche Tätigkeiten »innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, [...]« vorgesehen. Diese Vorschrift ist in § 9 AGG umgesetzt worden, wobei in mehrfacher Hinsicht von der Richtlinie abgewichen wurde.⁶³⁹

e) Politische oder sonstige Anschauung

- 172 Eine Diskriminierung wegen einer politischen oder sonstigen Anschauung hat der EGMR bisher nicht festgestellt. In *Handyside* war ein britischer Verleger wegen der Herausgabe eines Schülerbuchs, das auch einen Abschnitt über Sex enthielt, aufgrund

Das Beispiel ritueller Tierschlachtung in Deutschland nach 1945, in: A. Reuter/H.G. Kippenberg (Hrsg.), *Religionskonflikte im Verfassungsstaat*, 2010, 393.

⁶³⁵ BVerfGE 104, 337 (355); kritisch dazu Schwarz (Fn. 632), 35 ff.

⁶³⁶ BVerfGE 108, 282 (295 ff.): Das BVerfG bejahte einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 und Art. 33 Abs. 3 GG, weil das Verbot für eine Lehrerin, in der Schule das islamische Kopftuch zu tragen, einer speziellen gesetzlichen Grundlage bedurft hätte. Siehe dazu ausführlich S. Rosenberger/B. Sauer (Hrsg.), *Politics, Religion and Gender. Framing and regulating the veil*, 2012; J. Ziegler, *Das Kopftuchverbot in Deutschland und Frankreich. Ein Beitrag zur Interpretation der deutschen und französischen Islam-Politik*, 2011. K. Haupt, *Verfassungsfragen zum muslimischen Kopftuch von Erzieherinnen in öffentlichen Kindergärten*, 2010. Zur Unvereinbarkeit des Burka-Verbots mit der EMRK J. Finke, *Warum das »Burka-Verbot« gegen die EMRK verstößt*, NVwZ 2010, 1127. Zur Religion im Schulwesen siehe M. Thormann, *Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule. Zum Verhältnis von Staat und Religion im deutschen Schulwesen*, DÖV 2011, 945.

⁶³⁷ *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 301–304. Vgl. aus der Rspr. BVerfGE 8, 38 (41); 59, 128 (156 ff.) und BVerwG VII C 201.59 v. 29. 1. 1960, BVerwGE 10, 136 (139 f.); 2 C 10/86 v. 24. 11. 1988, BVerwGE 81, 22 (24 f.) – Besuch einer staatlichen Lehrerbildungsstätte bzw. Einstellung als Lehrer an einer öffentlichen Gemeinschaftsschule dürfen gemäß Art. 3 Abs. 3 GG bzw. Art. 33 Abs. 2 und 3 sowie Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 2 WRV nicht wegen des religiösen Bekenntnisses bzw. der Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis versagt werden.

⁶³⁸ Siehe H. Weber, *Religionsrecht und Religionspolitik der EU*, in: G. Besier/H. Seiwert (Hrsg.), *Religiöse Intoleranz und Diskriminierung in ausgewählten Ländern Europas*, 2011, 139.

⁶³⁹ Die Kommission hat dementsprechend ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Dazu Classen (Fn. 116), 636. Für eine richtlinienkonforme Auslegung P. Stein, in: U. Rust/J. Falke (Hrsg.), *AGG – Kommentar*, 2007, § 9 Rn. 107 ff.

des Gesetzes über obszöne Veröffentlichungen bestraft worden. Er rügte, dass seine Verurteilung nur ein Vorwand gewesen sei, um ihn wegen seiner missliebigen politischen Anschauungen mundtot zu machen. Anders als die EKMR prüfte der EGMR zwar einen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 10 EMRK, verneinte eine Diskriminierung aber sowohl mangels hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte als auch wegen des Fehlens einer vergleichbaren Situation (→ Rn. 123).⁶⁴⁰ Ganz ähnlich fiel die Entscheidung im Fall *Sunday Times (Nr. 1)* aus, in dem der Sunday Times die Veröffentlichung einer ausführlichen Dokumentation über Missbildungen durch ein Medikament untersagt worden war. Die Tatsache, dass gegen andere Zeitungen nicht vorgegangen worden war, sah der EGMR nicht als hinreichenden Beweis für eine Diskriminierung wegen der politischen Anschauung an. Der Vergleich mit einer öffentlichen Debatte im Parlament schied mangels vergleichbarer Situation aus (→ Rn. 123).⁶⁴¹ Auch in *Verein gegen Tierfabriken (VgT)*, wo dem Vf. die Ausstrahlung von Fernsehwerbung gegen die industrielle Tierproduktion untersagt worden war, verneinte der EGMR einen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 10 EMRK, weil die Situation von Fleischproduzenten, die Fernsehwerbung aus kommerziellen Gründen machten, und des VgT, der politische Ziele verfolge, nicht vergleichbar sei.⁶⁴²

In einigen Fällen, die den **Zugang zum öffentlichen Dienst** in Deutschland (sog. Radikalenerlass von 1972) betrafen, verneinte der Gerichtshof – anders als die EKMR – bereits die Anwendbarkeit des Art. 10 EMRK, weil es vorrangig um ein Eignungskriterium für den öffentlichen Dienst ging (→ *Meinungsfreiheit*, Kap. 18 Rn. 54).⁶⁴³ Art. 14 EMRK wurde wegen des Erfordernisses der Akzessorietät nicht geprüft. Diese Auffassung verkennt, dass die politischen Anschauungen der Betroffenen der einzige und eigentliche Grund für ihre Nichteinstellung war. Demgegenüber hat das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung zum Radikalenerlass eine Ungleichbehandlung wegen der politischen Anschauungen am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 GG untersucht. Es stellte unter Hinweis auf den Wortlaut (»wegen«) auf die Zielsetzung der staatlichen Maßnahme ab und kam zu dem Ergebnis, dass lediglich »bezweckte« Benachteiligungen und Bevorzugungen verboten seien, nicht aber solche, die nur die Folge einer ganz anders intendierten Regelung seien.⁶⁴⁴ Folglich verneinte es einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. In späteren Entscheidungen gab das BVerfG diese enge Wortlautauslegung auf; nunmehr genügt es, dass das verbotene Differenzierungsmerkmal kausal für die Rechtsfolge ist (→ Rn. 70). Im Hinblick auf den Zugang zu Berufen im privaten Sektor, der ehemaligen KGB-Offizieren verwehrt worden war, stellte der

173

⁶⁴⁰ EGMR No. 5493/72, A 24, § 66 – *Handyside*.

⁶⁴¹ EGMR No. 6538/74, A 30, §§ 69ff. – *Sunday Times (No. 1) (Pl.)*.

⁶⁴² EGMR No. 24699/94, Rep. 2001-VI, §§ 87f. – *VGT Verein gegen Tierfabriken*.

⁶⁴³ EGMR No. 9228/80, A 104, §§ 52f. – *Glaserapp (Pl.)*; No. 9704/82, A 105, §§ 38f. – *Kosiek*. Anders EGMR No. 17851/91, A 323, §§ 43f. – *Vogt (GK)*, wonach die Entlassung einer für die DKP aktiv tätigen Gymnasiallehrerin aus dem Beamtenverhältnis gegen Art. 10 EMRK verstößt. Die Kündigung eines Gymnasiallehrers wegen früherer SED-Tätigkeiten hingegen stellte aufgrund der besonderen Umstände des Falls einen verhältnismäßigen Eingriff in Art. 10 und 11 EMRK dar, EGMR No. 39799/98 – *Volkmer* (2001). Zur Diskriminierung wegen der Rechtsauffassung eines Gerichtspräsidenten vgl. EGMR No. 28396/95, Rep. 1999-VII, § 41 – *Wille (GK)*.

⁶⁴⁴ BVerfGE 39, 334 (368).

EGMR in zwei Urteilen eine Diskriminierung fest;⁶⁴⁵ machte aber keine Ausführungen zu dem einschlägigen Differenzierungsmerkmal. In einer späteren Entscheidung subsumierte er die Eigenschaft, hohe Ämter in dem früheren sozialistischen Regime bekleidet zu haben, nicht unter die »politische Anschauung«, sondern unter das Auffangmerkmal »sonstiger Status«⁶⁴⁶ (→ Rn. 21).

- 174 Eine Ungleichbehandlung wie der Entzug des Wahlrechts wegen Hochverrats⁶⁴⁷, strafrechtliche Verurteilungen wegen der Reorganisation einer verbotenen Partei⁶⁴⁸ oder das vorübergehende Verbot politischer Demonstrationen⁶⁴⁹ ist nach der Rechtsprechung der EKMR zum **Schutz der Demokratie** oder aus Gründen der **öffentlichen Sicherheit und Ordnung** gerechtfertigt. Unregelmäßigkeiten bei der Durchführung einer Wahl betreffen alle Parteien gleichermaßen und diskriminieren somit nicht nur eine bestimmte Partei wegen ihrer politischen Anschauung.⁶⁵⁰ Wird die Einschreibung in eine Wahlliste verweigert, weil der Bewerber nicht die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei bestätigt, ist bereits Art. 3 ZP verletzt und eine Prüfung von Art. 14 EMRK somit regelmäßig entbehrlich.⁶⁵¹

f) Nationale oder soziale Herkunft

- 175 Der Begriff »nationale Herkunft« umfasst in der Rechtsprechung des EGMR zuvörderst die **Staatsangehörigkeit**. Eine Differenzierung nach dem ständigen Wohnsitz kommt einer solchen nach der Staatsangehörigkeit gleich.⁶⁵² Grundsätzlich ist eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit zulässig, wenn der Mitgliedstaat einen legitimen Zweck, z. B. den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, verfolgt und die Maßnahme verhältnismäßig ist. In *Gaygusuz* verneinte der EGMR das Vorliegen eines legitimen Zwecks. Österreich hatte einem türkischen Staatsangehörigen, der als Arbeitnehmer Beiträge für die Arbeitslosenversicherung bezahlt hatte, die Notstandshilfe für Arbeitslose verweigert, weil er nicht die österreichische Staatsangehörigkeit besaß. Der Gerichtshof machte deutlich, dass eine Ungleichbehandlung, die allein auf dem Merkmal der Staatsangehörigkeit beruht, nur durch sehr gewichtige Gründe gerechtfertigt werden kann. Außerdem dürfe der Schutz der Konventionsrechte nicht von einer Gegenseitigkeit abhängig gemacht werden.⁶⁵³ In der Folgezeit gab er die Unterscheidung zwischen beitragspflichtigen und sonstigen Sozialleistungen auf und eröffnete somit auch Ausländern den diskriminierungsfreien Zugang zu solchen Leistungen.⁶⁵⁴

⁶⁴⁵ EGMR Nos. 55480/00 u. 59330/00, §§ 51 ff. – *Sidabras u. Džiautas* (2004); Nos. 70665/01 u. 74345/01, §§ 31 ff. – *Rainys u. Gasparavičius* (2005).

⁶⁴⁶ So ausdrücklich EGMR No. 2033/04 u. a., § 115 – *Valkov* (2011). Ebenso H. Sauer in: Karpenstein/Mayer, Art. 14 Rn. 28; a. A. Peukert, in: Frowein/Peukert, Art. 14 Rn. 26.

⁶⁴⁷ EKMR No. 6317/73, DR 1, 87 – *X v. Österreich (Pl.)*; No. 8701/79, DR 18, 250 – *X v. Belgien (Pl.)*.

⁶⁴⁸ EKMR No. 6741/74, DR 5, 83 – *X v. Italien (Pl.)*.

⁶⁴⁹ EKMR No. 8440/78, DR 21, 138 – *Christians against Racism and Fascism (Pl.)*.

⁶⁵⁰ EGMR No. 9103/04, §§ 143 ff. – *The Georgian Labour Party* (2008).

⁶⁵¹ EGMR Nos. 17864/04 u. 21396/04, §§ 68 ff. – *Krasnov u. Skouratov* (2007).

⁶⁵² EGMR No. 29137/06, §§ 39, 42 – *Si Amer* (2009).

⁶⁵³ EGMR No. 17371/90, Rep. 1996-IV, §§ 42 ff. – *Gaygusuz*.

⁶⁵⁴ EGMR No. 40892/98, §§ 37, 49 f. – *Koua Poirrez* (2005); No. 58453/00, §§ 32 f. – *Niedzwiecki* (2005); No. 77782/01, § 59 – *Luczak* (2007); No. 55707/00, Rep. 2009, §§ 75 ff. – *Andrejeva* (GK);

In *Moustaquim* hatte der marrokanische Bf. eine Diskriminierung aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Vergleich zu Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten geltend gemacht. Er war von Belgien, wo er bei seiner Familie aufgewachsen war, trotz Minderjährigkeit wegen zahlreicher Straftaten ausgewiesen worden. Der EGMR stellte zwar wegen Unverhältnismäßigkeit der Ausweisung einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest, verneinte aber eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK. Die **Vorzugsbehandlung für EU-Bürger**, die nur ausnahmsweise ausgewiesen werden dürfen, sah er als gerechtfertigt an, weil Belgien aufgrund des Gemeinschaftsrechts entsprechende Verpflichtungen übernommen hatte.⁶⁵⁵ 176

Dem Kriterium der »nationalen oder sozialen Herkunft« in Art. 14 EMRK entsprechen in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in etwa die Begriffe »Heimat« und »Herkunft«. Ersterer erfasst die »örtliche Herkunft nach Geburt oder Ansässigkeit«, ⁶⁵⁶ während sich letzterer auf die »ständisch soziale Abstammung und Verwurzelung«⁶⁵⁷ bezieht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG und der h. M. im Schrifttum fällt die **Staatsangehörigkeit** allerdings weder unter »Heimat« noch unter »Herkunft«. ⁶⁵⁸ Prüfungsmaßstab ist somit lediglich der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁵⁹ Da die fremde Staatsangehörigkeit allerdings typischerweise mit einer fremden Heimat einhergeht, kommt sie dem verpönten Kriterium »Heimat« zumindest nahe. Deshalb bedarf es zur Rechtfertigung einer Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit nach den Grundsätzen des *Transsexuellen-Urteils*⁶⁶⁰ (→ Rn. 240) einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁶⁶¹ Die Rechtsprechung des BVerfG dürfte sich daher im Ergebnis von der Rechtsprechung des EGMR kaum unterscheiden. Regelungen, die an den aktuellen **Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort** anknüpfen, werden nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht von den Kriterien »Heimat« und »Herkunft« erfasst.⁶⁶² 177

No. 44399/05, §§ 29 ff. – Weller (2009); No. 40080/07, §§ 35 ff. – Fawsie (2010); No. 40083/07, §§ 37 ff. – Saidoun (2010). Konventionswidrig ist auch die Versagung finanzieller Leistungen unter Verweis auf den unzureichenden Aufenthaltsstatus eines Ausländers, EGMR No. 59140/00, §§ 33 f. – Okpiz (2005); No. 45413/07, §§ 37 ff. – Anakomba Yula (2009); No. 5335/05, §§ 58 ff. – Ponomaryovi (2011).

⁶⁵⁵ EGMR No. 12313/86, A 193, § 49 – *Moustaquim*; No. 21794/93, Rep. 1996-III, § 38 – *C. v. Belgien* (1996).

⁶⁵⁶ BVerfGE 5, 17 (22); 17, 199 (203); 23, 258 (262); 102, 41 (53); 107, 257 (269); *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1, Rn. 324; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 125.

⁶⁵⁷ BVerfGE 5, 17 (22); 48, 281 (287 f.); BVerwG 9 C 3/97 v. 3. 3. 1998, BVerwGE 106, 191 (194 f.).

⁶⁵⁸ BVerfGE 51, 1 (30); 90, 27 (37); vgl. für die h. M. *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1, Rn. 326; *Osterloh*, in: Sachs (Fn. 170), Art. 3 Rn. 70, 297 m. w. N.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 12; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 25; a. A. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, Vorauf., Art. 3 Rn. 5, 99.

⁶⁵⁹ BVerfGE 130, 240: Der Ausschluss von Nicht-EU-Bürgern vom bayrischen Landeserziehungsgeld ist wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

⁶⁶⁰ BVerfGE 88, 87 (96).

⁶⁶¹ So auch *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 70, 297 m. w. N. Schon vor Einführung der »neuen Formel« führte das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1979, in der es um eine Benachteiligung fremder Staatsangehöriger mit Wohnsitz im Ausland bei der Auszahlung von Renten aus der deutschen Sozialversicherung ging, eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durch (BVerfGE 51, 1 [24 ff.]).

⁶⁶² BVerfGE 23, 258 (262 f.); 38, 128 (135). In Bezug auf die Änderung des § 25 Abs. 1 StAG (Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit auch bei sog. Inlandsdeutschen im Falle des Erwerbs einer zweiten Staatsangehörigkeit) hat das BVerfG (K) 2 BvR 1339/06, Abs. 41, NVwZ 2007, 441, allerdings

Sie werden – je nach Anwendungsbereich – am Maßstab der Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 oder 33 Abs. 1 GG überprüft.⁶⁶³ Ein besonderes Problem stellt die Beschränkung der Grundrechtsberechtigung auf inländische juristische Personen in Art. 19 Abs. 3 GG dar. In der »Le Corbusier«-Entscheidung hat das BVerfG erstmals festgestellt, dass sich ausländische juristische Personen mit Sitz in der Europäischen Union ebenfalls auf Grundrechte des GG berufen können. Diese Anwendungserweiterung des Art. 19 Abs. 3 GG entspreche – trotz des entgegenstehenden Wortlauts – den durch die europäischen Verträge übernommenen Verpflichtungen, insbesondere aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV.⁶⁶⁴ Es ist anzunehmen, dass diese Argumentation auch zu einer entsprechenden Anwendungserweiterung der sog. Deutschengrundrechte führt.

- 178 Im Unionsrecht spielt das Merkmal der Staatsangehörigkeit im Rahmen des Gebots der Inländergleichbehandlung traditionell eine große Rolle. Das Verbot der Diskriminierung von »EU-Ausländern« gilt längst nicht mehr nur im Bereich der Grundfreiheiten,⁶⁶⁵ sondern gemäß Art. 18 AEUV im gesamten Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁶⁶⁶ Es ist Ausfluss des allgemeinen Gleichheitssatzes, der als ungeschriebener Grundsatz des Unionsrechts und daher als Grundrecht anerkannt ist.⁶⁶⁷ Zudem ist das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit in leicht abgewandelter Formulierung ausdrücklich in Art. 21 Abs. 2 GRC verankert.⁶⁶⁸ Dieser entspricht dem ehemaligen Art. 12 EGV, so dass die Rechtsprechung des EuGH zu dessen zukünftiger Auslegung und Anwendung heranzuziehen ist. In seiner neueren Rechtsprechung tendiert der EuGH dazu, das Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV i. V. m. dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht des Art. 21 Abs. 1 AEUV auf immer mehr Le-

einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG verneint, obwohl faktisch nur Bürger türkischer Herkunft betroffen waren.

⁶⁶³ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 296 m. w. N. Zu den sog. Landeskinderklauseln Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 4 ff.

⁶⁶⁴ BVerfGE 129, 78 (98).

⁶⁶⁵ Siehe dazu folgende Urteile aus jüngerer Zeit EuGH Rs. C-64/08, Slg. 2010, I-821, Rn. 41 ff. – Engelmann: Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken nur an Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats; Rs. C-73/08, Slg. 2010, I-2735, Rn. 49 ff. – Nicolas Bressol u. a. (GK): Hochschulzugangsquoten für nichtansässige Studierende im Bereich des Gesundheitswesens; Rs. C-54/08, 24. 5. 2011, Rn. 88 ff. – Kommission/Deutschland (GK): Der Staatsangehörigenvorbehalt für Notare nach § 5 BNotO stellt eine nach Art. 49 AEUV verbotene Diskriminierung dar. Zur Bedeutung dieses Urteils für die nationale Notariatsverfassung C. Schmid/T. Pinkel, Grundfreiheitskonforme Reformierung der nationalen Notariatsverfassung, NJW 2011, 2928; S. Korte/D. Steiger, Deutschennotariat abgestempelt!, NVwZ 2011, 1243. Siehe auch die entsprechenden Urteile Rs. C-47/08, 24. 5. 2011 – Belgien (GK); Rs. C-53/08, 24. 5. 2011 – Österreich (GK); Rs. C-51/08, 24. 5. 2011 – Luxemburg (GK); Rs. C-50/08, 24. 5. 2011 – Frankreich (GK) u. Rs. C-61/08, 24. 5. 2011 – Griechenland (GK).

⁶⁶⁶ So verstößt z. B. eine griechische Regelung zur Grunderwerbsteuerbefreiung bei Eigentumserwerb, die nur für Personen gilt, die ihren ständigen Wohnsitz im Inland haben, gegen Art. 18 AEUV, EuGH Rs. C-155/09, 20. 1. 2011, Rn. 64 ff. – Kommission/Griechenland. Ebenso EuGH Rs. C-382/08, 25. 1. 2011, Rn. 31 ff. – Neukirchinger: Die Pflicht zur Erwirkung einer weiteren Bewilligung von Ballonfahrten in einem anderen Mitgliedstaat verstößt gegen Art. 18 AEUV. Keine Diskriminierung i. S. v. Art. 18 AEUV liegt bei einem Zugangsverbot Gebietsfremder zu niederländischen Coffeeshops vor, EuGH Rs. C-137/09, 16. 12. 2010, Rn. 42 – Josemas.

⁶⁶⁷ Dazu ausf. Odendahl, in: Heselhaus/Nowak, § 45 Rn. 4 ff. (insb. Rn. 31); Mahlmann, in: Rudolf/Mahlmann (Fn. 116), Rn. 45 f. und 53.

⁶⁶⁸ Dazu näher Sachs, in: Tettinger/Stern, Art. 21 Rn. 26 ff.; Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 42.

bensbereiche auszudehnen, was in einigen Fällen zu einem Anspruch auf **Sozialleistungen** geführt hat, die zuvor den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten waren. Die Mitgliedstaaten dürfen die Gewährung solcher Leistungen aber von dem typisierten Nachweis der Integration des Betroffenen in die Gesellschaft des Aufnahmestaats, etwa durch das Erfordernis einer bestimmten Aufenthaltsdauer, abhängig machen.⁶⁶⁹ Eine auf gewisse Dauer angelegte Integration in die Gesellschaft des Aufenthaltsstaats ist somit Voraussetzung für die eingeforderte Solidarität der Aufnahmegesellschaft.

Das Kriterium der **sozialen Herkunft** hat in der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG mangels entsprechender Anknüpfung der angegriffenen staatlichen Regelungen bisher keine nennenswerte Rolle gespielt. In *Stjerna* verneinte der Gerichtshof eine Diskriminierung wegen der sozialen Herkunft. Der Bf. wollte einen geänderten Nachnamen (Tavaststjerna) annehmen, der zuletzt vor mehr als 200 Jahren von einem Vorfahren getragen, dann aber nicht an dessen unehelichen Sohn weitergegeben worden war. Die Ablehnung der Namensänderung knüpfte nicht an die uneheliche Geburt des Vorfahren – und damit an die soziale Herkunft des Bf. – an, sondern an den Zeitablauf.⁶⁷⁰ 179

Der **Menschenrechtsausschuss des IPbPR** sieht ebenso wie der EGMR die Staatsangehörigkeit als verdächtiges Differenzierungsmerkmal an. Er hatte über eine Reihe von Beschwerden zu entscheiden, die sich gegen die tschechischen Restitutionsgesetze richteten, die die Rückgabe oder Entschädigung bei Enteignungen nach den sog. Benes-Dekreten regelten.⁶⁷¹ Im Fall *Des Fours Walderode v. Tschechische Republik*⁶⁷² wurde dem Bf. eine Entschädigung für ein 1945 entschädigungslos enteignetes Landgut verweigert, weil er nicht durchgängig seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs die tschechische Staatsbürgerschaft besaß. Der Ausschuss sah Art. 26 i. V.m. Art. 2 IPbPR als verletzt an, weil das Erfordernis der Staatsbürgerschaft »eine willkürliche und daher benachteiligende Unterscheidung zwischen Individuen trifft, die gleichermaßen Opfer früherer Enteignungen sind«. ⁶⁷³ 180

⁶⁶⁹ EuGH Rs. C-221/07, Slg. 2009, I-9029, Rn. 34 ff.; Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-8507, Rn. 44 ff. – *Förster (GK)*; Rs. C-524/06, Slg. 2008, I- 9705, Rn. 71 – *Huber (GK)*; Rs. C-209/03, Slg. 2005, I- 2119, Rn. 32 f. – *Dany Bidar (GK)*; Rs. C-184/99, Slg. 2001, I- 6193 – *Grzelczyk*. Dazu *M. Schollmeyer*, Derivative Teilhabe an sozialen Transferleistungen im Gemeinschaftsrecht, DVBl 2009, 823. Zu den Grenzen des Art. 12 EGV (jetzt Art. 18 AEUV) in Bezug auf Sozialleistungen: EuGH Rs. C-22/08 u. C-23/08, Slg. 2009, I-4585, Rn. 33 ff. – *Vatsouras und Koupatantze*; zum Anspruch eines ausländischen Unionsbürgers auf Inländerbehandlung gemäß Art. 18 AEUV im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen EuGH Rs. C-123/08, Slg. 2009, I-9621 – *Europäischer Haftbefehl gegen Dominic Wolzenburg (GK)*. Siehe auch *U. Becker*, Staatsangehörigkeit und Aufenthalt als Anknüpfungspunkte für die Gewährung sozialer Rechte in der Europäischen Union – Thesen zur abgestuften territorialen Verantwortung der Mitgliedstaaten für den sozialen Schutz von Unionsbürgern, in: FS Scheuing, 2011, 480, 484 f., 488 ff.

⁶⁷⁰ EGMR No. 18131/91, A 299-B, § 51 – *Stjerna*.

⁶⁷¹ Dazu *B. Fassbender*, Gleichheitssatz und Restitutionsgesetzgebung, EuGRZ 2002, 101; *Nowak*, CCPR Commentary, 2005, Art. 27 Rn. 40 f.

⁶⁷² Beschwerde No. 747/1997, CCPR/C/73/D/747/1997 v. 2. 11. 2001, NJW 2002, 353. Siehe auch aus jüngerer Zeit Beschwerde No. 1581/2007, CCPR/100/D/1581/2007 v. 29. 10. 2010.

⁶⁷³ Beschwerde No. 747/1997, CCPR/C/73/D/747/1997 v. 2. 11. 2001, NJW 2002, 355.

g) Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit

- 181 In der EMRK gibt es keine eigene Bestimmung zum Schutz der Angehörigen von Minderheiten.⁶⁷⁴ In Art. 14 EMRK ist aber zumindest der Schutz vor Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit vorgesehen. Die **Begrenzung auf nationale Minderheiten**, d.h. Minderheiten, deren Angehörige zugleich Staatsangehörige des jeweiligen Vertragsstaats sind, macht deutlich, dass sich der Schutz nicht auf Einwanderer oder Gastarbeiter erstrecken soll. Im Rahmen des Europarates sind inzwischen zwei Konventionen in Kraft getreten, die den Schutz nationaler Minderheiten gewährleisten.⁶⁷⁵
- 182 Die Problematik des Minderheitenschutzes hat der EGMR insbesondere im Zusammenhang mit den verbotenen Differenzierungskriterien der Sprache, der Religion, der nationalen, sozialen oder ethnischen Herkunft und der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit behandelt. Erstmals setzte er sich in dem bereits erwähnten *Belgischen Sprachenfall* mit der Minderheitenproblematik auseinander (→ Rn. 161). Dabei akzeptierte er die belgische Entscheidung, in den jeweiligen Sprachregionen die **Sprache der Mehrheit zu Lasten der Sprache der Minderheit** zu fördern, als legitimes Ziel. Den damit verbundenen Assimilierungsdruck für die in der jeweiligen Sprachregion lebenden Angehörigen einer sprachlichen Minderheit problematisierte er nicht.⁶⁷⁶
- 183 In einigen Fällen ging es um die Vereinbarkeit britischer Baunutzungs- und Landschaftsschutzvorschriften mit Art. 8 und Art. 14 i. V.m. Art. 8 EMRK, die sich häufig zu **Lasten der Angehörigen der Sinti und Roma** auswirkten. Britische Staatsbürger, die dieser Minderheit angehörten, hatten Rechtsvorschriften angegriffen, die ihnen aus Gründen des Landschafts- und Umweltschutzes das Aufstellen von Wohnwagen auf ihren eigenen Grundstücken verboten. In den Fällen *Buckley* und *Chapman* verneinte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Konventionsrechte unter Verweis auf den weiten Einschätzungsspielraum der lokalen Behörden im Bereich der Bauplanung. Art. 14 EMRK sah er nicht als verletzt an, weil die Bf. nicht wegen der Befolgung ihres traditionellen Lebensstils benachteiligt worden seien.⁶⁷⁷ Er erkannte zwar einen internationalen Konsens in Bezug auf den Schutz von nationalen Minderheiten an, hielt diesen aber für nicht konkret genug, um das Verhalten der Mitgliedstaaten daran zu messen.⁶⁷⁸ Im Fall *Noack u. a.*, der die Umsiedlung von Angehörigen der sorbischen Min-

⁶⁷⁴ Vorschläge, eine eigenständige Rechtsgarantie für nationale Minderheiten in der EMRK zu verankern, konnten sich in der Beratenden Versammlung nicht durchsetzen. Vgl. dazu *C. Hillgruber/M. Jestaedt*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und der Schutz nationaler Minderheiten, 1993, 13 ff. m. w. N.; siehe auch *F. Benoît-Rohmer*, La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits de minorités nationales, RTDH 51 (2002), 563; *H. Hornburg*, Transnationales Minderheitenrecht im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots, 2009, 27.

⁶⁷⁵ Europäische Charta der Regional- und Minderheitensprachen v. 5. 11. 1992, ETS No. 148, und das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten v. 1. 2. 1995, ETS No. 157. In Art. 4 des Rahmenübereinkommens sind neben der Gleichheit vor dem Gesetz insbesondere Fördermaßnahmen für Angehörige nationaler Minderheiten vorgesehen, die ihrerseits keinen Akt der Diskriminierung darstellen.

⁶⁷⁶ Zum Belgischen Sprachenstreit ausf. *Hillgruber/Jestaedt* (Fn. 674), 24–32.

⁶⁷⁷ EGMR No. 20348/92, Rep. 1996-IV, §§ 88 f. – *Buckley*; abw. Votum des Richters *Pettiti*, der auf die systematische Benachteiligung der Gruppe der Sinti und Roma hinwies; ablehnend auch *S. Poulter*, The Rights of Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, EHRLR 3 (1997), 254 (261 ff.).

⁶⁷⁸ EGMR No. 27238/95, Rep. 2001-I, §§ 93–98, 129 – *Chapman* (GK); abw. Votum der Richter *Pastor Ridruejo*, *Bonello*, *Tulkens*, *Stráznická*, *Lorenzen*, *Fischbach* und *Casadevall*, insb. § 8.

derheit zum Zwecke der Ausweitung des Braunkohletagebaus betraf, verneinte der EGMR ebenfalls einen Konventionsverstoß. Er sah den erheblichen Eingriff in das Privatleben der Bf. auch unter Berücksichtigung des besonderen Schutzes nationaler Minderheiten als gerechtfertigt an, weil die Bf. in ein nahegelegenes Dorf eigener Wahl umgesiedelt werden sollten, das ebenfalls im traditionellen Siedlungsgebiet der Sorben lag.⁶⁷⁹ Im Fall *Muñoz Díaz*, in dem der in Spanien nach dem Ritus der Roma verheirateten Bf. eine Hinterbliebenenrente mangels Eingehens einer Zivilehe verweigert worden war, bejahte der Gerichtshof demgegenüber unter Hinweis auf die verwundbare Position der Roma eine Diskriminierung. Die spanischen Gerichte hätten bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften die besondere Situation der Bf. und ihren unterschiedlichen Lebensstil berücksichtigen müssen.⁶⁸⁰ Ebenfalls erfolgreich war eine bulgarische Bf., deren Freiheitsstrafe wegen Betrugs nicht zur Bewährung ausgesetzt worden war, um dem in der Roma-Gemeinde verbreiteten Irrglauben entgegenzuwirken, dass eine Freiheitsstrafe mit Bewährung keine Verurteilung sei. Der EGMR stellte fest, dass die bulgarischen Gerichte am Beispiel der Bf. mit Blick auf deren Zugehörigkeit zu einer ethnischen Minderheit ein Exempel statuieren wollten, und bejahte einen Verstoß gegen Art. 14 i. V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁶⁸¹

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Gerichtshof in älteren Urteilen den Mitgliedstaaten bei Maßnahmen, die nationale Minderheiten betrafen, einen weiten Einschätzungsspielraum zugestand (→ Rn. 231 ff.). Damit beschränkte er seine Kontrolldichte in dem politisch höchst sensiblen Bereich des Minderheitenschutzes auf ein Mindestmaß. Diese richterliche Zurückhaltung (*judicial self-restraint*) hat er allerdings in neueren Urteilen aufgegeben. Seine jüngeren Entscheidungen zu den Differenzierungsmerkmalen der ethnischen Herkunft und der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit machen deutlich, dass seine Sensibilität für den Minderheitenschutz im Einklang mit der entsprechenden Politik des Europarats und unter Verweis auf das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten erheblich gewachsen ist.⁶⁸²

Im GG ist der Schutz nationaler Minderheiten nicht ausdrücklich vorgesehen. Eine entsprechende Ergänzung der Verfassung wurde zwar von der Gemeinsamen Verfassungskommission (GVK) vorgeschlagen, fand aber im Bundestag nicht die erforderliche Mehrheit. Vor allem eine besondere Schutz- und Förderklausel zugunsten nationaler Minderheiten deutscher Staatsangehörigkeit (Dänen, Sorben und Friesen) war umstritten.⁶⁸³ Daher erfolgt der Minderheitenschutz auf Bundesebene allein über die

⁶⁷⁹ EGMR No. 46346/99, Rep. 2000-VI, § 1 – *Noack u.a.* (Zul.).

⁶⁸⁰ EGMR No. 49151/07, §§ 61 ff. – *Muñoz Díaz* (2009).

⁶⁸¹ EGMR No. 37193/07, §§ 40 ff. – *Paraskeva Todorova* (2010).

⁶⁸² EGMR No. 49151/07, §§ 60, 64. – *Muñoz Díaz* (2009). Vgl. auch EGMR No. 69949/01, §§ 34 ff. – *Aziz* (2004): Der EGMR bejahte einen Verstoß gegen Art. 14 i. V.m. Art. 3 ZP, weil Zypern dem Bf. das Wahlrecht allein wegen seiner Zugehörigkeit zur türkisch-zyprischen Minderheit vorenthielt.

⁶⁸³ Bericht der GVK, BT-Drs. 12/6000, 71, und Schlussabstimmung im BT, BT-PIPr. 12/241, 21283, dazu *H. Ermisch*, Minderheitenschutz ins Grundgesetz?, 2000, 178 ff. und 209 ff.; *F.-A. Jahn*, Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes, DVBl. 1994, 177 (185); vgl. zur Diskussion um den Minderheitenschutz *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 184; *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 229 f., 298.

individuellen Freiheitsrechte und die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (Abstammung, Rasse, Sprache und Religion).⁶⁸⁴

186 Im Unionsrecht hat das Merkmal der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit in das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 21 Abs. 1 GRC Eingang gefunden. Weitergehende Vorschläge, in der Charta Minderheitenschutzrechte zu verankern, wurden abgelehnt. Zum Ausgleich wurde in Art. 22 GRC festgelegt, dass die Union »die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen« achtet. Diese Norm begründet weder Individual- noch Gruppenrechte; es handelt sich lediglich um einen programmatischen Grundsatz, der zur Auslegung anderer Vorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten herangezogen werden kann (vgl. Art. 52 Abs. 5 GRC).⁶⁸⁵

187 Der IPbPR enthält in Art. 27 eine eigenständige Bestimmung zum Schutz der Angehörigen ethnischer, religiöser oder sprachlicher Minderheiten.⁶⁸⁶ Die dort gewährten Rechte auf Bewahrung der eigenen Identität werden nicht der Minderheit als solcher, sondern nur den einzelnen Angehörigen einer Minderheit garantiert.⁶⁸⁷ Der Schutz ist nach allerdings umstrittener Auffassung – anders als im Rahmen des Europarats – **nicht auf nationale Minderheiten begrenzt**, sondern erfasst auch solche ethnischen, religiösen und sprachlichen Minderheiten, die sich aus Drittstaatsangehörigen zusammensetzen.⁶⁸⁸ Die Pflichten der Vertragsstaaten beziehen sich nicht nur darauf, einschränkende Maßnahmen und Diskriminierungen zu unterlassen. Sie sind vielmehr auch dazu verpflichtet, positive Schutzmaßnahmen, ggf. gegenüber Privaten bzw. Angehörigen der Mehrheit, zu ergreifen, um der Minderheit die Bewahrung ihrer Kultur, Religion und/oder Sprache zu ermöglichen. Dazu können auch besondere Fördermaßnahmen zählen, die Benachteiligungen ausgleichen sollen.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ Ausf. A. Siegert, Minderheitenschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1999, 100 m.w.N. Auf Landesebene enthalten die Verfassungen von Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein Minderheitenschutzklauseln: Art. 25 LV Bbg (zugunsten der Sorben); Art. 18 LV MVP (ethnische und nationale Minderheiten deutscher Staatsangehörigkeit); Art. 5 Abs. 2 (nationale und ethnische Minderheiten deutscher Staatsangehörigkeit) und Abs. 3 (ausländische Minderheiten) sowie Art. 6 (zugunsten der Sorben) Sächs. LV; Art. 37 LV SA (ethnische Minderheiten allgemein); Art. 5 LV SH (nationale Minderheiten allgemein sowie Schutz- und Förderklausel zugunsten der dänischen und friesischen Minderheit). Siehe zum Begriff der Minderheit in Bezug auf Einwanderungsgruppen K. Schneider, Assimilation und Integration – eine Begriffsanalyse aus der Perspektive der Rechtswissenschaft, ZAR 2011, 8 (13 ff.).

⁶⁸⁵ Dazu Ennuschat, in: Tettinger/Stern, Art. 22 Rn. 6 f.; Heselhaus, in: Heselhaus/Nowak, § 46 Rn. 35 ff.

⁶⁸⁶ Art. 27 IPbPR lautet: »In Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen«. Siehe ausf. zum Minderheitenschutz im IPbPR C. Langenfeld, in: HGR VI/2, 2009, § 183 Rn. 15 ff.

⁶⁸⁷ So der General Comment No. 23 (1994) des MR-Ausschusses, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 207, § 1; so auch Nowak, CCPR Commentary, 2005, Art. 27 Rn. 32–35; Siegert (Fn. 684), 86 ff. m.w.N.

⁶⁸⁸ General Comment No. 23 (Fn. 687), §§ 5.1, 5.2; Nowak, CCPR Commentary, 2005, Art. 27 Rn. 17 f. m.w.N. Für eine enge Auslegung spricht demgegenüber die Entstehungsgeschichte des Art. 27 IPbPR, vgl. T.D. Musgrave, Self Determination and National Minorities, 1997, 136; zu den Schwierigkeiten, die verschiedenen Minderheitenarten begrifflich klar voneinander abzugrenzen, vgl. S. Pritchard, Der völkerrechtliche Minderheitenschutz, 2001, 37 ff.

⁶⁸⁹ General Comment No. 23 (Fn. 687), §§ 6.1, 6.2; Nowak, CCPR Commentary, 2005, Art. 27 Rn. 39 ff.

h) Vermögen

Eine Diskriminierung wegen des Vermögens hat in der Rechtsprechung des EGMR bisher nur eine geringe Rolle gespielt. Die unterschiedliche Behandlung von Häusern anhand von Einheitswertgrenzen sah der EGMR angesichts des legitimen Ziels, Wohnraum für ärmere Bevölkerungsgruppen sicherzustellen, nicht als Diskriminierung wegen des Vermögens an.⁶⁹⁰ Eine nach ukrainischem Recht zu zahlende Wahleinlage, die Voraussetzung für die Aufstellung als Kandidat zu den Parlamentswahlen und nur im Falle eines bestimmten Wahlerfolges vom Staat zurückzuzahlen war, hielt der EGMR ebenfalls für gerechtfertigt, so dass sie weder einen Verstoß gegen Art. 3 ZP noch eine Diskriminierung wegen des Vermögens gem. Art. 14 EMRK darstellte.⁶⁹¹ Im Hinblick auf ein französisches Gesetz, das die zwangsweise Übertragung des Jagdrechts auf kleineren Grundstücken an einen Jagdverband vorsah, während Eigentümer größerer Grundstücke der zwangsweisen Einbringung ihrer Grundstücke widersprechen konnten, bejahte der EGMR dagegen neben der Verletzung des Art. 1 ZP zum Schutz des Eigentums auch eine Verletzung von Art. 14 EMRK wegen einer Diskriminierung aufgrund »des Grundeigentums«.⁶⁹² Ob die Grundstücksgröße unter den Begriff des Vermögens fällt oder ein eigenständiges, dann aber kaum als personenbezogen einzustufendes Merkmal darstellt, blieb offen.⁶⁹³ Ein bulgarisches Gesetz, das die Rente ab einer bestimmten Höhe kappte und somit zumindest indirekt an das Vermögen in Gestalt des früheren Einkommens anknüpfte, stellte nach Ansicht des EGMR eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.⁶⁹⁴ Der Gerichtshof hat das Differenzierungskriterium »Vermögen« außerdem im Zusammenhang mit der **Gewährung von Prozesskostenhilfe** behandelt. In *Airey* rügte die Bf. eine Diskriminierung wegen des Vermögens, weil sie mangels ausreichender finanzieller Mittel keinen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung beauftragen konnte. Der EGMR verneinte zwar einen generellen Anspruch auf Prozesskostenhilfe in zivilrechtlichen Verfahren, bejahte aber einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 EMRK, weil der Staat verpflichtet sei, entweder durch Prozess-

⁶⁹⁰ EGMR No. 9063/80, A 109, § 66 – *Gillow v. Vereinigtes Königreich* (1986). Nach dem Wohnungsgesetz von Guernsey unterlagen nur Häuser der Regulierung durch die Wohnungsbehörde (sog. controlled housing), die unterhalb eines bestimmten Einheitswerts lagen.

⁶⁹¹ EGMR No. 13716/02, §§ 75 f. – *Sukhovetskyy* (2006). Die Einlage für unabhängige Kandidaten betrug das 60-fache des steuerfreien monatlichen Einkommens.

⁶⁹² EGMR No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III, §§ 86 ff. – *Chassagnou (GK)*. In Bezug auf das luxemburgische Jagdgesetz (EGMR No. 2113/04, § 55 – *Schneider* [2007] und das ähnliche deutsche Bundesjagdgesetz (EGMR No. 9300/07, § 104 f. – *Herrmann [GK]* (2012) hielt der EGMR eine gesonderte Prüfung des Art. 14 EMRK wegen der bereits bejahten Verletzung des Art. 1 ZP für nicht erforderlich. In EGMR No. 57412/08, §§ 41 ff. – *Chabauty (GK)* (2012) verneinte der EGMR die Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 ZP durch ein französisches Gesetz, das die zwangsweise Übertragung des Jagdrechts auf *kleineren* Grundstücken an einen Jagdverband vorsah mit der Möglichkeit zum Widerspruch aus Gewissensgründen (»loi Verdeille«). Anders als die Bf. *Schneider* und *Herrmann* lehnte *Chabauty* die Jagd auf seinem Grundstück nicht aus persönlicher Überzeugung ab, sondern wollte auf seinem Grundstück alleine jagen. Es ging hier also nur um eine Differenzierung »aufgrund des Vermögens«, nicht anhand der »Anschauung«. Diese unterliegt keiner strengen gerichtlichen Prüfung (§ 50). Die Andersbehandlung der kleinen Grundstücke, welche dem legitimen Ziel der Überwachung der Wildbestände diente, war somit verhältnismäßig.

⁶⁹³ Für eine Einordnung unter den Begriff des »sonstigen Status« *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 14 Rn. 29; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, Art. 14 Rn. 33 f.

⁶⁹⁴ EGMR No. 2033/04 u. a., §§ 102, 112 ff. – *Valkov* (2011).

kostenhilfe oder auf andere Weise (z.B. Vereinfachung des Verfahrens) den Zugang zum Gericht zu ermöglichen. Eine gesonderte Prüfung des Art. 14 EMRK hielt er für nicht erforderlich, weil die Ungleichbehandlung keinen wesentlichen Aspekt des Falles bildete (→ Rn.38).⁶⁹⁵ Auch das GG gebietet eine weitgehende Angleichung der Situation von vermögenden und unvermögenden Bürgern bei der Verwirklichung des gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsschutzes. Dies leitet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung aus dem allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art.3 Abs.1 i.V.m. Art.20 Abs.3 GG (Rechtsstaatsprinzip) ab.⁶⁹⁶ Das Gebot der Rechtsschutzgleichheit wird durch das Institut der Prozesskostenhilfe, das Gebot der Rechtswahrnehmungsgleichheit durch die Beratungshilfe erfüllt. Eine Gleichstellung bei der Prozesskostenhilfe ist allerdings nur insoweit erforderlich, als die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint.⁶⁹⁷

- 189 Die **Staffelung von Steuern und Gebühren nach der finanziellen Leistungsfähigkeit** stellt grundsätzlich keine Diskriminierung aufgrund des Vermögens dar, wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet wird. Dies hat die EKMR in *Gudmundsson* für eine gestaffelte Vermögenssteuer entschieden und den Mitgliedstaaten im Bereich der Steuergesetzgebung einen weiten Einschätzungsspielraum zugestanden.⁶⁹⁸ Das BVerfG leitet aus dem allgemeinen Gleichheitssatz den Grundsatz der Steuergerechtigkeit ab, nach dem die Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichtet sein muss.⁶⁹⁹ Es belässt dem Steuergesetzgeber ebenfalls weitgehende Gestaltungsfreiheit und hält insbesondere im Bereich der Massenverwaltung des Steuer- und Sozialrechts Typisierungen für mit Art.3 Abs.1 GG vereinbar.⁷⁰⁰ In den *Einheitswertbeschlüssen* hat das BVerfG allerdings deutlich gemacht, dass die Privilegierung von Grundvermögen durch veraltete Wertansätze gegenüber sonstigem Vermögen nach dem Vermögen- und dem Erbschaftsteuergesetz a.F. gegen Art.3 Abs.1 GG verstieß.⁷⁰¹ Kindergartengebühren können ebenfalls grundsätzlich nach dem Familieneinkommen gestaffelt werden, wenn die Staffelung anhand sachgerechter Kriterien erfolgt.⁷⁰²

i) Geburt

- 190 In dem bereits erörterten Fall *Abdulaziz u. a.* (→ Rn. 138, 156) wurde eine Diskriminierung wegen der Geburt gerügt, weil britische Staatsbürgerinnen die Einreise ihrer ausländischen Ehemänner erreichen konnten, wenn sie selbst oder ihre Eltern in Großbritannien geboren waren, wohingegen ein jahrelanger Aufenthalt in diesem Land

⁶⁹⁵ EGMR No. 6289/73, A 32, §30 – *Airey*; Richter *Evrigenis* kritisierte diese Auffassung zu Recht mit dem Hinweis darauf, dass die Diskriminierung in der Ausübung eines Konventionsrechts gegen Art. 14 EMRK verstoße, und zwar unabhängig davon, ob die Verletzung dieses Rechts festgestellt werde oder nicht.

⁶⁹⁶ Für die Rechtsschutzgleichheit vor Gericht st. Rspr. seit BVerfGE 9, 124 (129 ff.); für die Rechtswahrnehmungsgleichheit im außergerichtlichen Bereich st. Rspr. seit BVerfGE 122, 39 (48 ff.).

⁶⁹⁷ St. Rspr. seit BVerfGE 81, 347 (356 f.).

⁶⁹⁸ EKMR No. 511/59, YB 3 (1960), 394 – *Gudmundsson*.

⁶⁹⁹ BVerfGE 82, 60 (86); dazu ausf. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 134 ff.

⁷⁰⁰ *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 104 ff. m. w. N.; die st. Rspr. zusammenfassend z. B. BVerfGE 84, 348 (359 f.).

⁷⁰¹ BVerfGE 93, 121; 93, 165.

⁷⁰² BVerfGE 97, 332 (344).

nicht ausreichte. Die Kommission hatte die **unterschiedliche Behandlung, die allein an die zufällige Geburt in Großbritannien anknüpfte**, als Verletzung des Art. 14 EMRK angesehen. Der Gerichtshof hielt die Ungleichbehandlung dagegen für gerechtfertigt. Das Ziel, mit Ausländern verheiratete Frauen, die enge Bindungen an Großbritannien hätten, nicht zu einem Leben im Ausland zu zwingen, sei legitim. Zudem gebe es »überzeugende soziale Gründe« dafür, diejenigen, die mit dem Land durch Geburt verbunden seien, zu privilegieren.⁷⁰³ Den naheliegenden Einwand, dass die bloße Geburt in Großbritannien nichts über das Bestehen einer engen Bindung zu diesem Land aussage und somit zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels ungeeignet sei, übersah er dabei.

Das Verbot der Diskriminierung wegen der Geburt hat insbesondere zu einer **Gleichstellung der nichtehelichen mit ehelichen Kindern** in den Mitgliedstaaten beigetragen. In der ersten Leitentscheidung *Marckx* stellte der EGMR sowohl einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK als auch eine Verletzung des Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK fest, weil nach damaligem belgischem Recht ein nichtehelich geborenes Kind ohne Adoption weder mit seiner Mutter noch mit deren Familie verwandt und deshalb von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen war. Der Gerichtshof erkannte zwar das von Belgien vorgebrachte Ziel, »die traditionelle Familie zu unterstützen und zu ermutigen«, als legitim an, verneinte aber unter Hinweis auf die Entwicklung eines gemeinsamen Standards in den Mitgliedstaaten und einschlägige internationale Abkommen eine objektive und vernünftige Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung.⁷⁰⁴ In *Genovese* stellte der EGMR mit Blick auf das inzwischen von rund der Hälfte der Mitgliedstaaten umgesetzte Europäische Übereinkommen zur Rechtsstellung nichtehelicher Kinder von 1975 einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK fest, weil nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz von Malta ein im Ausland geborenes Kind eines maltesischen Vaters und einer ausländischen Mutter nur dann die maltesische Staatsangehörigkeit erwerben konnte, wenn seine Eltern verheiratet waren.⁷⁰⁵ In *Inze* verlangte der EGMR unter Hinweis auf den gemeineuropäischen Standard zur familien- und erbrechtlichen Stellung nichtehelicher Kinder, dass zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen »**besonders schwerwiegende Gründe**« vorliegen müssten. Der Bf. war als nichteheliches Kind nach dem Tod seiner Mutter von der Übernahme ihres Bauernhofes ausgeschlossen worden, weil nach dem Kärntner Erbhöfegesetz die ehelichen Kinder den Vorrang

⁷⁰³ EGMR No. 9214/80 u. a., A 94, § 88 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*.

⁷⁰⁴ EGMR No. 6833/74, A 31, §§ 40–43, 48, 55, 62 – *Marckx (Pl.)*; diese Entscheidung wurde in Bezug auf die Diskriminierung nichtehelicher Kinder im belgischen Erbrecht in No. 12849/87, A 214-C – *Vermeire* bestätigt. Vgl. auch EGMR No. 3545/04, §§ 39 ff. – *Brauer* (2009): Eine deutsche Regelung, die vor dem 1. 7. 1949 geborene nichteheliche Kinder von jeglicher Erbfolge ausschloss, ist unverhältnismäßig. Dazu *D. Leipold*, EGMR contra BVerfG: Die erbrechtliche Diskriminierung der »alten« nichtehelichen Kinder ist nicht länger hinnehmbar, ZEV 2009, 488; *R. König*, Gleichstellung aller ehelichen und nichtehelichen Kinder im Erbrecht, FPR 2010, 396. Im April 2011 hat der Gesetzgeber die Stichtagsregelung in Art. 12 § 10 II NEhelG a.F. rückwirkend für die ab dem 29. 5. 2009 eingetretenen Erbfälle aufgehoben. Der Ausschluss vom Erbrecht für die vor diesem Datum eingetretenen Erbfälle ist dagegen unverändert geblieben. In BGH IV ZR 150/10 v. 26. 10. 2011, BGHZ 191, 229 hat der BGH festgestellt, dass diese Ungleichbehandlung weder gegen Art. 6 Abs. 5 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstößt. Die weiterhin bestehende Benachteiligung vor dem 1. 7. 1949 geborener nichtehelicher Kinder sei durch sachliche Gründe (verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtspositionen Dritter) gerechtfertigt.

⁷⁰⁵ EGMR No. 53124/09, §§ 43 ff. – *Genovese* (2011).

hatten. Die von Österreich vorgetragenen Gründe, insbesondere die traditionellen Anschauungen in einer bäuerlichen Gemeinschaft, genügten diesen strengen Anforderungen nicht.⁷⁰⁶ Das Erfordernis eines strengen Prüfungsmaßstabs bestätigte der EGMR in den Fällen *Mazurek*,⁷⁰⁷ *Camp u. Bourimi*⁷⁰⁸ und *Merger u. Cros*.⁷⁰⁹

- 192 In *Odièvre* hatte der EGMR über die Vereinbarkeit des französischen Rechtsinstituts der sog. **anonymen Geburt** mit der Konvention zu entscheiden. Das Auskunftsverlangen der Bf., die in einer Adoptivfamilie aufgewachsen war, über die Identität ihrer Mutter und weiterer leiblicher Verwandter war abgelehnt worden. Eine Diskriminierung wegen der Geburt lag nach Auffassung des Gerichtshofs nicht vor, weil die Bf. wegen der Beziehung zu ihren Adoptiveltern gegenüber Kindern mit gesicherter Abstammung in vermögens- und erbrechtlicher Hinsicht nicht benachteiligt war. Außerdem befand sie sich im Verhältnis zu ihrer leiblichen Mutter nicht in einer vergleichbaren Lage mit einem Kind, dessen Abstammung von der Mutter gesichert ist.⁷¹⁰ Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen, weil es der Bf. nicht um eine vermögens- oder erbrechtliche Schlechterstellung, sondern um den Nachteil ging, keine Kenntnis über die eigene Abstammung erlangen zu können. In Bezug auf das Recht, Informationen über die eigene Identität zu erhalten, war ihre Lage durchaus mit derjenigen anderer Kinder vergleichbar, die zur Adoption freigegeben worden waren.

- 193 Im GG ist die Stellung des nichtehelichen Kindes in dem speziellen Gleichheitssatz des Art. 6 Abs. 5 GG geregelt, der neben dem subjektiven Recht des nichtehelichen Kindes auf Gleichstellung mit dem ehelichen Kind und – als dessen Kehrseite – auf Nichtdiskriminierung einen entsprechenden Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber enthält.⁷¹¹ Dieser erschöpft sich nicht in der formalen Gleichstellung von ehelichen und

⁷⁰⁶ EGMR No. 8695/79, A 126, §§ 41–44 – *Inze*: Die österreichische Regierung hatte sich zur Rechtfertigung auf den mutmaßlichen Willen der Mutter, die anderenfalls ein Testament hätte machen können, auf die allgemeine Annahme, dass nichteheliche Kinder häufig nicht bei ihrer Mutter aufwachsen, und auf die enge Beziehung des überlebenden Ehegatten zu den ehelichen Kindern berufen. Der EGMR wies diese Gründe als zu allgemein und im konkreten Fall nicht einschlägig zurück.

⁷⁰⁷ EGMR No. 34406/97, Rep. 2000-II, §§ 54 f. – *Mazurek*: Erbrechtliche Benachteiligung eines aus einem Ehebruch hervorgegangenen Kindes. Einen ähnlich strengen Prüfungsmaßstab legt der EGMR bei der erbrechtlichen Benachteiligung von adoptierten Kindern an: EGMR No. 694998, §§ 16 f. – *Plau u. Puncernau* (2004); No. 56759/08, §§ 82 ff. – *Negrepontis-Giannisis* (2011).

⁷⁰⁸ EGMR No. 28369/95, Rep. 2000-X, §§ 38 f. – *Camp u. Bourimi*: Ausschluss eines nichtehelichen Kindes von der Erbfolge, obwohl es nach dem Tod des Vaters durch Gerichtsentscheidung legitimiert worden war.

⁷⁰⁹ EGMR No. 68864/01, §§ 42 ff. – *Merger u. Cros* (2004): Benachteiligung eines aus einem Ehebruch hervorgegangenen Kindes beim Umfang der Erbberechtigung.

⁷¹⁰ EGMR No. 42326/98, Rep. 2003-III, § 56 – *Odièvre (GK)*: Der EGMR verneinte einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK mit der Begründung, dass Frankreich mangels europäischen Konsenses zur anonymen Geburt einen gewissen Einschätzungsspielraum habe und in dessen Rahmen zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten gekommen sei. Die dissentierenden Richter waren dagegen der Auffassung, dass der Einschätzungsspielraum hier überschritten worden sei, weil sich die einseitige Willensentscheidung der Mutter, einer Offenlegung ihrer Identität nicht zuzustimmen, immer gegenüber dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung durchsetzen könne. Dazu *M. Wittinger*, Anonyme Geburt – endlich Klarheit?, NJW 2003, 2138.

⁷¹¹ Erst nachdem das BVerfG in einem Beschluss v. 29. 1. 1969 (BVerfGE 25, 167) den Gesetzgeber unter Fristsetzung aufgefordert hatte, dem Verfassungsauftrag nachzukommen, erließ dieser 20 Jahre nach Verabschiedung des GG das NEhelG (BGBl. 1969 I, 1243); *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 6 Rn. 93.

nichtehelichen Kindern, sondern erlegt dem Staat eine Schutzpflicht auf und berechtigt den Gesetzgeber, die faktischen Unterschiede in der Ausgangslage durch besondere Maßnahmen auszugleichen.⁷¹² Er ist inzwischen weitgehend erfüllt, nachdem das BVerfG in mehreren Entscheidungen die Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Bestimmungen wegen einer Benachteiligung nichtehelicher Kinder festgestellt hatte.⁷¹³ Zudem hat das BVerfG entschieden, dass sich aus der Bindung der Gerichte an Art. 6 Abs. 5 GG die Verpflichtung ergibt, die in der Verfassungsnorm ausgeprägte Wertauffassung bei der Interpretation des einfachen Rechts und bei der Interessenabwägung zu Grunde zu legen.⁷¹⁴ Das nichteheliche Kind hat gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und damit gegenüber den staatlichen Behörden einen Anspruch auf Offenlegung der dort vorhandenen Informationen.⁷¹⁵ Weder hieraus noch aus Art. 6 Abs. 5 GG folgt allerdings ein staatlich durchsetzbarer Anspruch gegenüber der Mutter auf Kenntnis des leiblichen Vaters.⁷¹⁶ Zur Gestaltung des Unterhaltsrechts hat das BVerfG festgestellt, dass die unterschiedliche Dauer von Unterhaltsansprüchen für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder verfassungswidrig ist.⁷¹⁷ Daher wurde der Unterhaltsanspruch, soweit er wegen der Betreuung des Kindes geschuldet ist, durch die Reform des Unterhaltsrechts für alle Kinder gleich ausgestaltet.⁷¹⁸

2. Ungeschriebene Differenzierungskriterien

Aus der Fülle der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen zu Diskriminierungen aufgrund »eines sonstigen Status«, der sämtliche nicht ausdrücklich aufgeführten Unterscheidungsmerkmale erfasst (→ Rn. 21), sollen hier exemplarisch nur einige häufig behandelte Differenzierungskriterien näher beleuchtet werden. Diese haben aufgrund eines allmählichen Wandels gesellschaftlicher Auffassungen zunehmende Bedeutung

194

⁷¹² So z. B. BVerfGE 17, 280 (284); 25, 167 (183); 74, 33 (39); zur Gewährleistungsdimension vgl. auch *Burgi*, in: Friauf/Höfling (Fn. 18), Art. 6 Rn. 183 ff.

⁷¹³ BVerfGE 25, 167 (§ 1712 BGB a. F., Anrechnung der Waisenrente auf den Unterhaltsanspruch gegenüber den Erben des nichtehelichen Vaters); 74, 33 (§ 1934c BGB a. F., Erbrecht nur bei anerkannter oder gerichtlich festgestellter Vaterschaft); 84, 168 (§ 1738 Abs. 1 BGB a. F., keine gemeinsame elterliche Sorge bei Ehelichkeitserklärung); anders noch 56, 363 (§§ 1705 S. 1, 1711 Abs. 1, 2 BGB a. F., alleiniges Sorgerecht der Mutter); 85, 80 (§ 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GVG a. F., unterschiedlicher Instanzenzug für Unterhaltsstreitigkeiten); vgl. zu den inzwischen erfolgten Änderungen im Familien- und Erbrecht *D. Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 6 Rn. 118 ff.

⁷¹⁴ BVerfG (K) 1 BvR 755/08 v. 8. 1. 2009, NJW 2009, 1065 zur erbrechtlichen Stellung eines vor dem 1. 7. 1949 geborenen nichtehelichen Kindes; damit kommt das BVerfG zu demselben Ergebnis wie der EGMR in dem Urteil EGMR No. 3545/04, §§ 42 ff. – *Brauer* (Fn. 704). Siehe zur Gesetzesänderung BGH IV ZR 150/10 v. 26. 10. 2011 (Fn. 704).

⁷¹⁵ BVerfGE 79, 256 (269).

⁷¹⁶ BVerfGE 96, 56 (65): Der Gesetzgeber hat bei der Regelung dieser Frage einen weiten Gestaltungsspielraum und die Gerichte müssen eine Abwägung der Interessen des Kindes gegenüber den Interessen der Mutter und betroffener Dritter treffen.

⁷¹⁷ BVerfGE 118, 45; m. Anm. *Caspary*, FamRZ 2007, 965; *Born*, FamRZ 2007, 973; *Maier*, FamRZ 2007, 1076; vgl. auf der Ebene des universellen Menschenrechtsschutzes die Mitteilung des Menschenrechtsausschusses CCPR/C/80/D/976/2001 v. 15. 6. 2004 – *Derksen v. Niederlande*: Die Niederlande gewährten eine Halbweisenrente nur dann, wenn die Eltern des Kindes verheiratet waren.

⁷¹⁸ Vgl. §§ 1570 Abs. 1 S. 1, 1651 Abs. 2 Satz 3 BGB, die seit dem 1. 1. 2008 in Kraft getreten sind; zum neuen Unterhaltsrecht *Born*, Das neue Unterhaltsrecht, NJW 2008, 1.

in der Rechtsprechung erlangt oder werden – wie das Alter oder die genetische Disposition – erst in jüngerer Zeit als sensible Merkmale wahrgenommen.

a) Familienstand

- 195 In engem Sachzusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung nichtehelicher Kinder steht das Verbot der **Diskriminierung der Väter nichtehelicher Kinder**. Auch hier fanden die gewandelten gesellschaftlichen Auffassungen Eingang in die Rechtsprechung des Gerichtshofs.⁷¹⁹ In *Keegan* sah der Gerichtshof in der irischen Rechtslage, der zufolge die Adoption eines nichtehelichen Kindes ohne Kenntnis und Einwilligung des Vaters zulässig war, einen Verstoß gegen Art. 8 und Art. 6 Abs. 1 EMRK. Obwohl der Bf. auch eine Diskriminierung im Vergleich zu ehelichen Vätern gerügt hatte, hielt er eine Prüfung des Art. 14 EMRK nicht für erforderlich.⁷²⁰ Das BVerfG entschied ebenfalls, dass die Adoption eines nichtehelichen Kindes durch die Mutter oder deren Ehemann ohne Anhörung des leiblichen Vaters gegen dessen elterliches Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verstoße, und sah trotz entsprechender Rügen von einer Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG ab.⁷²¹
- 196 In mehreren Fällen aus Deutschland hatte der EGMR über das **Umgangsrecht des Vaters mit seinem nichtehelichen Kind** zu entscheiden. Vor Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes⁷²² hatte ein geschiedener, nicht sorgeberechtigter Vater *ipso iure* ein Umgangsrecht, solange dies nicht das Kindeswohl gefährdete (§ 1634 Abs. 1 und 2 BGB a.F.). Dagegen konnte der Vater eines nichtehelichen Kindes gegen den Willen der sorgeberechtigten Mutter lediglich dann ein gerichtlich angeordnetes Umgangsrecht erhalten, wenn dies im Interesse des Kindes lag (§ 1711 Abs. 2 BGB a.F.). Der Gerichtshof stellte in *Sahin*, *Hoffmann* und *Sommerfeld* eine Diskriminierung fest, weil sich die gesetzlich verankerte Ungleichbehandlung von geschiedenen Vätern und Vätern nichtehelicher Kinder auf die konkreten Gerichtsentscheidungen ausgewirkt hatte. Dabei legte er ebenso wie bei einer Ungleichbehandlung des nichtehelichen Kindes einen strengen Prüfungsmaßstab an: Nur »sehr gewichtige Gründe« könnten die Schlechterstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes rechtfertigen. Diese lagen hier nicht vor.⁷²³ Damit machte der EGMR implizit deutlich, dass § 1711

⁷¹⁹ EGMR No. 1624/90, A 307-B, §§ 96–98 – *McMichael*; zur steuerlichen Gleichbehandlung von Vätern ehelicher und nichtehelicher Kinder EGMR No. 6638/03, § 26 – *P. M. v. Vereinigtes Königreich* (2005). Demgegenüber zur gerechtfertigten Ungleichbehandlung von zusammen lebenden Geschwistern im Verhältnis zu Lebenspartnern und Ehegatten bei der Bemessung der Erbschaftssteuer EGMR No. 13378/05, §§ 58 ff. – *Burden (GK)* (2008).

⁷²⁰ EGMR No. 16969/90, A 290, §§ 61 f. – *Keegan*. Zur luxemburgischen Regelung über die Nichtanerkennung von Adoptionen durch unverheiratete Personen EGMR No. 76240/01 – *Wagner* (2007).

⁷²¹ BVerfGE 92, 158 (183); siehe auch die Verfassungsbeschwerde eines Inhaftierten, dem anders als dem Vater eines ehelichen Kindes keine verlängerte Besuchszeit für seine Tochter gewährt wurde, BVerfG (K) 2 BvR 1797/06, BVerfGK 9, 365.

⁷²² Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts v. 16. 12. 1997, in Kraft seit dem 1. 7. 1998, BGBl. 1997 I 2942.

⁷²³ EGMR No. 30943/96, Rep. 2001-VI, §§ 55–61 – *Sahin v. Deutschland*, No. 34045/96, §§ 55–60 – *Hoffmann* (2001); die deutsche Regierung hatte sich lediglich auf die pauschale Annahme gestützt, dass Väter nichtehelicher Kinder häufig kein Interesse am Umgang mit ihren Kindern hätten und eine nichteheliche Lebensgemeinschaft jederzeit verlassen könnten. In *Elsholz* hatte der EGMR ohne nähere Prüfung der gesetzlichen Vorschriften einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK noch

Abs. 2 BGB a.F., auf dessen Grundlage die Gerichtsentscheidungen ergangen waren, gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstieß. Das BVerfG hatte diese Bestimmung dagegen in einer älteren Entscheidung unter Verweis auf »offenbare Unterschiede« zwischen geschiedenen und niemals miteinander verheirateten Eltern für verfassungsgemäß gehalten.⁷²⁴ In dem Beschluss zur Rechtsstellung des biologischen Vaters (2003) hielt es an dieser Auffassung fest.⁷²⁵ Auch in einem weiteren Fall, den der EGMR allerdings nur mit Blick auf Art. 8 EMRK entschieden hat, stärkte er das Umgangsrecht des biologischen Vaters. In *Anayo* stellte er fest, dass die Entscheidung deutscher Gerichte, dem Bf. den Umgang mit seinen Kindern zu verweigern, wohl in sein Recht auf Schutz des »Familienlebens«, jedenfalls aber in das Recht auf Achtung seines »Privatlebens« eingegriffen habe. Nach Ansicht des EGMR sind die Gerichte verpflichtet, eine Abwägung zwischen den konkurrierenden Interessen vorzunehmen und zu prüfen, ob das Umgangsrecht des biologischen Vaters dem Wohl der Kinder dienen würde.⁷²⁶ Demgegenüber folgt aus Art. 8 EMRK nicht das Recht des biologischen Vaters, den Status des rechtlichen Vaters anzufechten. Mangels Konsens in den Mitgliedstaaten bezüglich einer solchen Anfechtungsmöglichkeit hätten diese einen weiten Beurteilungsspielraum; aus der Pflicht zu prüfen, ob ein Umgangsrecht des biologischen Vaters im Kindeswohlinteresse liege, folge nicht notwendigerweise die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, diesem die Möglichkeit einer Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft einzuräumen. Die Ungleichbehandlung im Vergleich zur Kindesmutter und zum rechtlichen Vater diene dem Schutz des Kindes und seiner sozialen Familie; sie sei wegen des weiten Beurteilungsspielraums des Staates auch nicht unverhältnismäßig.⁷²⁷

In *Zaunegger* entschied der EGMR zum **gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern**.⁷²⁸ Auch nach der Kindschaftsrechtsreform hatte gemäß § 1626a Abs. 2 BGB grundsätzlich die Mutter das alleinige Sorgerecht für das nichteheliche Kind. Die gemeinsame Sorge war nur durch eine gemeinsame Sorgeerklärung der Eltern des nichtehelichen Kindes, durch Heirat oder durch gerichtliche Übertragung mit Zustimmung der Mutter (§ 1672 Abs. 1, 2 BGB) zu erlangen. Während die Väter ehelicher Kinder auch im Trennungsfall die gemeinsame Sorge behielten, hatte der Gesetzgeber dem Vater eines nichtehelichen Kindes bei Weigerung der Mutter, eine Sorgeer-

197

verneint, weil im konkreten Fall auch einem geschiedenen Vater in vergleichbarer Lage der Umgang wegen einer Gefährdung des Kindeswohls versagt worden wäre, No. 25735/94, Rep. 2000-VIII, §§ 58–61 – *Elsholz* (GK); s. auch EGMR No. 31871/96 – *Sommerfeld* (GK) (2003). Zur Auswirkung der Rspr. des EGMR auf das Familienrecht *Rixe*, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, 222; *E. Benda*, Verkehrtes zum Verkehrsrecht- Anm. zu den EGMR-Urteilen *Sommerfeld* etc., EuGRZ 29 (2002), 1–3; *S. Graf Kielmansegg*, Jenseits von Karlsruhe – Das deutsche Familienrecht in der Straßburger Rechtsprechung, AVR 46 (2008), 273.

⁷²⁴ BVerfGE 56, 363 (393) mit Verweis auf 31, 194 (211f.).

⁷²⁵ Mit dem Begriff »biologischer Vater« wird der Mann bezeichnet, von dem ein Kind biologisch abstammt, der aber nicht der rechtliche Vater des Kindes ist, weil ein anderer Mann von der Rechtsordnung als rechtlicher Vater anerkannt ist, EGMR No. 17080/07, §§ 79 ff. – *Schneider* (2011).

⁷²⁶ EGMR No. 20578/07, §§ 69 ff. – *Anayo* (2010).

⁷²⁷ EGMR No. 45071/09, §§ 58 ff., 86 ff. – *Ahrens* (2012) und No. 23338/09, §§ 61 ff., 88 ff. – *Kautzor* (2012).

⁷²⁸ EGMR No. 22028/04 – *Zaunegger* (2009); dazu *M. Coester*, Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg, NJW 2010, 482; *J.M. Scherpe*, Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 73 (2009), 935 (950 ff.). Siehe auch den ähnlich gelagerten österreichischen Fall EGMR No. 35637/03 – *Sporer* (2011).

klärung abzugeben, nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt, die fehlende Zustimmung gerichtlich am Maßstab des Kindeswohls überprüfen und ggf. ersetzen zu lassen. Der EGMR stellte einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK fest. Er bejahte eine Ungleichbehandlung mit Blick auf zwei Vergleichsgruppen, nämlich die der Mütter nichtehelicher Kinder einerseits und die der verheirateten Väter andererseits. Wiederrum machte er deutlich, dass trotz des grundsätzlich weiten Einschätzungsspielraums der Staaten bei familienrechtlichen Regelungen sehr gewichtige Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung vorliegen müssten. Der Gerichtshof sah zwar das Ziel der deutschen Regelung, den Schutz des Kindeswohls, als legitim an und akzeptierte die gesetzgeberische Entscheidung, der Mutter eines nichtehelichen Kindes aufgrund der unterschiedlichen Lebenssituation zunächst das alleinige Sorgerecht zuzusprechen. Er erkannte auch an, dass es stichhaltige Gründe geben könne, den Vater eines nichtehelichen Kindes von der elterlichen Sorge auszuschließen. Allerdings teilte er die zuvor vom BVerfG nicht beanstandete Annahme des Gesetzgebers, die gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter widerspreche stets dem Kindeswohl, nicht. Es gebe keine hinreichenden Gründe dafür, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes bei verweigerter Zustimmung der Mutter – anders als Väter ehelicher Kinder im Trennungsfall – keine Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung habe.⁷²⁹ Folglich müsse der deutsche Gesetzgeber zur Herstellung einer konventionskonformen Gesetzeslage eine gerichtliche Prüfung des Einzelfalls mit der Option, die fehlende Zustimmung der Mutter zu ersetzen, vorsehen. Demgegenüber hatte das BVerfG das Regelungskonzept zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern noch 2003 für verfassungsgemäß gehalten.⁷³⁰ Allerdings verpflichtete es den Gesetzgeber, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu überprüfen, ob seine Annahme vor der Wirklichkeit Bestand habe.⁷³¹ Unter Bezugnahme auf diesen Prüfauftrag hat das Gericht im Juli 2010 sowohl § 1626a Abs. 1 Nr. 1 als auch § 1672 Abs. 1 BGB für verfassungswidrig erklärt und eine Übergangsregelung getroffen. In der Begründung verwies es zum einen auf das Urteil des EGMR im Fall *Zaunegger*⁷³² und stellte zum anderen fest, dass sich die damalige Annahme des Gesetzgebers, die Zustimmungsverweigerung der Mutter sei stets von Gründen getragen, die dem Kindeswohl dienten, als nicht zutref-

⁷²⁹ EGMR No. 22028/04, §§ 51–64 – *Zaunegger* (2009).

⁷³⁰ BVerfG 107, 150 (171): Die besondere Situation bestehe darin, dass das nichteheliche Kind bei seiner Geburt nicht ohne weiteres einem Vater rechtlich zugeordnet werden und der Gesetzgeber – anders als beim ehelichen Kind – auch nicht regelmäßig davon ausgehen könne, dass der Vater gemeinsam mit der Mutter die Verantwortung für das Kind übernehmen werde. So schon für § 1705 BGB a.F. BVerfGE 56, 363 (389f.).

⁷³¹ BVerfGE 107, 150 (176f., 179f.).

⁷³² Auch der EuGH verweist in Rs. C-400/10, 5. 10. 2010, Rn. 56 – *J. McB.*, in der der nichteheliche Vater die Rückführung seiner Kinder von England nach Irland gemäß den Bestimmungen des Haager Übereinkommens von 1980 und der VO 2201/2003/EG verlangte, auf das *Zaunegger*-Urteil des EGMR. Nach irischem Recht erwirbt der nichteheliche Vater ein Sorgerecht nur durch eine Vereinbarung mit der Mutter der Kinder oder durch eine gerichtliche Entscheidung, welche hier nicht vorlag. Der EuGH kam u.a. unter Berufung auf Art. 8 EMRK und das *Zaunegger*-Urteil zu dem Ergebnis, dass die VO 2201/2003/EG es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, den Erwerb des Sorgerechts durch den nichtehelichen Vater von einer Gerichtsentscheidung abhängig zu machen, mit der ihm dieses Recht zuerkannt wird. Hat der nichteheliche Vater das Sorgerecht erlangt, kann das Verbringen des Kindes ins Ausland durch die Mutter oder sein Zurückhalten widerrechtlich i. S. v. Art. 2 Nr. 11 dieser Verordnung sein.

fend erwiesen habe. Daher verstoße der dauerhafte Ausschluss des Vaters von der gemeinsamen oder der Alleinsorge bei Zustimmungsverweigerung der Mutter, ohne dass er deren Entscheidung gerichtlich überprüfen lassen könne, gegen sein Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG.⁷³³

b) Sexuelle Orientierung

Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR fällt die sexuelle Orientierung unter den »sonstigen Status« und ist daher von Art. 14 EMRK erfasst. In den bisher entschiedenen Fällen ging es vor allem um die Strafbarkeit der Homosexualität und damit zusammenhängende berufliche Nachteile sowie um Diskriminierungen im zivil- und familienrechtlichen Bereich.⁷³⁴ 198

In einigen älteren Fällen, in denen es um die Strafbarkeit der Homosexualität ging, überprüfte der EGMR die Strafvorschriften⁷³⁵ sowie die Praxis der britischen Armee, männliche und weibliche Homosexuelle sofort aus dem Dienst zu entlassen, nur am Maßstab des Art. 8 EMRK und stellte einen Verstoß fest. Das Vorhandensein von Vorurteilen auf Seiten anderer Armeeangehöriger reiche zur Rechtfertigung nicht aus.⁷³⁶ In mehreren jüngeren Urteilen zog der EGMR dagegen allein Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK zur Prüfung heran. Er stellte fest, dass die Strafbarkeit einverständlicher homosexueller Handlungen zwischen Erwachsenen und Jugendlichen im Alter zwischen 14 und 18 Jahren hiergegen verstößt, wenn gleichartige heterosexuelle oder lesbische Handlungen straflos bleiben. Dabei betonte er, dass Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung genauso wie solche wegen des Geschlechts **besonders schwerwichtige Rechtfertigungsgründe** erforderten.⁷³⁷ Insgesamt verfolgt der Gerichtshof 199

⁷³³ BVerfGE 127, 132 (151ff.). Dazu C. Hohmann-Dennhardt, Eltern-Recht(s)-Ansichten. Die Entscheidungen des BVerfG und des EGMR zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihr Kind, in: FS Jaeger, 2011, 653; A. Altrogge, Diskriminierung eines nichtehelichen Vaters mangels gesetzlicher Regelung zur gerichtlichen Prüfung eines gemeinsamen Sorgerechts?, FamFR 2010, 73; F. Jentsch-Klieve, Für eine Entmoralisierung des Familienrechts. Zugleich Anmerkung zum Kammerurteil des EGMR in Sachen Zaunegger./Deutschland vom 3.12. 2009, FPR 2010, 405; L. M. Peschel-Gutzeit, Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters, NJW 2010, 2990.

⁷³⁴ Ausnahmen bilden EGMR Nos. 4916/07 u. a., § 109 – Alekseyev (2010): Verbot von Gay Pride-Paraden in Moskau wegen Förderung der Homosexualität stellt einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 11 EMRK dar, und EGMR No. 1543/06, §§ 93ff. – Baczkowski u. a. (2007): Verbot einer Versammlung gegen die Diskriminierung Homosexueller bei gleichzeitiger Erlaubnis anderer Versammlungen ist ein Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 11 EMRK.

⁷³⁵ EGMR No. 7525/76, A 45, § 69 – Dudgeon (Pl.); die Richter Evrigenis, García de Enterría und Matscher wiesen in ihren abweichenden Meinungen zu Recht darauf hin, dass Art. 14 EMRK hier in Bezug auf die Ungleichbehandlung sowohl von männlichen und weiblichen Homosexuellen als auch von Homosexuellen und Heterosexuellen hätte geprüft werden müssen.

⁷³⁶ EGMR No. 31417/96u. 32377/96, §§ 86–104, 108f. – Lustig-Prean u. Beckett (1999); Nos. 33985/96 u. 33986/96, Rep. 1999-VI, §§ 93–111, 115f. – Smith u. Grady; zur Prüfsystematik (→ Rn. 37ff.).

⁷³⁷ EGMR Nos. 39392/98 u. 39829/98, Rep. 2003-I, §§ 45–54 – L. u. V. v. Österreich; No. 45330/99, Rep. 2003-I, §§ 37–46 – S. L. v. Österreich; No. 7336/03, §§ 21–24 – R. H. v. Österreich (2006). In allen Urteilen formulierte der EGMR ungewöhnlich scharf: »To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of the heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes to-

das Ziel, die herkömmliche Diskriminierung Homosexueller im gesellschaftlichen und beruflichen Bereich zu ächten.⁷³⁸

- 200 Auch im **zivil- und familienrechtlichen Bereich** kommt es immer wieder zu Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung. Die Beurteilung durch die Konventionsorgane hängt hier sowohl von den gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen als auch von den Umständen des Einzelfalls ab. In *Simpson* und *Röösli* hatte die EKMR die unterschiedliche Behandlung von homosexuellen und heterosexuellen Paaren im Mietrecht trotz gewandelter gesellschaftlicher Auffassungen wegen des besonderen Schutzes der traditionellen Familie noch in den 1990er Jahren als gerechtfertigt angesehen.⁷³⁹ Aus dem gleichen Grund hielt sie auch die Besserstellung der Partner einer heterosexuellen Lebensgemeinschaft im Ausländerrecht für zulässig.⁷⁴⁰ Der EGMR hielt demgegenüber in *Karner* die Weigerung österreichischer Gerichte, dem Lebenspartner eines verstorbenen Homosexuellen ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag zuzugestehen, nicht mehr für rechtmäßig. Dabei machte er deutlich, dass eine Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung – ebenso wie eine Differenzierung wegen des Geschlechts – nur aus **besonders ernsthaften Gründen** (»particularly serious reasons«) gerechtfertigt werden könne und der Einschätzungsspielraum des Staates gering sei. Den von der Regierung zur Rechtfertigung angeführten Schutz der traditionellen Familie sah er zwar als grundsätzlich legitim an, hielt die restriktive Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmung aber für nicht erforderlich zur Erreichung dieses Ziels.⁷⁴¹ In anderen Fällen ging es um Sorgerechts- und Unterhaltsstreitigkeiten, in denen die Bf. ihre Familien verlassen hatten, um mit einem gleichgeschlechtlichen Partner zusammen zu leben. Der EGMR begründete einen Verstoß gegen Art. 14 i. V.m. Art. 8 EMRK oder – bei Unterhaltszahlungen – Art. 1 ZP damit, dass die Ungleichbehandlung der Bf. allein aus Gründen der sexuellen Orientierung nicht akzeptabel sei.⁷⁴² Eine vollständige rechtliche Gleichstellung von Hetero- und Homo-

wards those of a different race, origin or colour« (§§ 52, 4, 22). In dem kurz zuvor entschiedenen Fall EGMR No. 53236/99 – *Waite* (2002), in dem eine Strafaussetzung zur Bewährung u.a. wegen der homosexuellen Beziehung zu einem Minderjährigen widerrufen worden war, ging der EGMR nicht näher auf die Strafbarkeit solcher Handlungen ein, weil er bereits eine Ungleichbehandlung verneinte (§§ 79–81).

⁷³⁸ Siehe auch Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2. Aufl., 2011.

⁷³⁹ EKMR No. 1171/85, DR 47, 274, § 7 – *Simpson* und No. 28318/95, DR 85, 149, § 1 – *Röösli*; gegen die jeweiligen Bf. war einer Räumungsklage stattgegeben worden, weil sie – anders als der überlebende heterosexuelle Partner – bei dem Tod ihres gleichgeschlechtlichen Partners nicht in den Mietvertrag über die gemeinsame Wohnung eintreten konnten und der Vermieter einer Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugestimmt hatte.

⁷⁴⁰ EKMR No. 14753/89, § 2 – *C u. L. M. v. Vereinigtes Königreich* (1989) und No. 16106/90, DR 64, 278, § 2 – *B. v. Vereinigtes Königreich*.

⁷⁴¹ EGMR No. 40016/98, §§ 34 ff., insb. §§ 37 und 41 – *Karner* (2003); hierzu *P. Frumer*, La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation, une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (l'arrêt *Karner* c. l'Autriche du 24 juillet 2003), RTDH 15 (2004), 663; ebenso EGMR No. 13102/02, §§ 98 f. – *Kozak* (2010). Anders dagegen EGMR No. 13378/05, §§ 62 ff. – *Burden* (GK) (2008), weil die lebenslange Wohngemeinschaft zweier Schwestern mit Ehe oder Lebenspartnerschaft nicht vergleichbar ist, und No. 28456/03, §§ 81 ff. – *Korelc* (2009), weil die Wohngemeinschaft zwischen dem Bf. und einem alten Mann, den er pflegte, keine Lebens-, sondern lediglich eine Wirtschaftsgemeinschaft war.

⁷⁴² EGMR No. 33290/96, Rep. 1999-IX, §§ 35 f. – *Salgueiro da Silva Mouta*; der EGMR führte in

sexuellen verlangt der Gerichtshof allerdings nicht. Er hat unter Verweis auf einen weiten Einschätzungsspielraum der Vertragsstaaten festgestellt, dass weder aus Art. 12 EMRK noch aus Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK eine Verpflichtung hergeleitet werden kann, homosexuellen Paaren anstelle einer registrierten Partnerschaft die Eheschließung mit sämtlichen dazu gehörigen Rechten zu ermöglichen.⁷⁴³

In diesem Sinne sah der Gerichtshof in *Fretté* die Weigerung der Behörden, den homosexuellen Bf. trotz genereller Befähigung als für eine **Adoption** geeignet anzuerkennen (sog. Autorisierung, die dem konkreten Adoptionsverfahren vorangeht), noch als gerechtfertigt an. Der Staat habe mangels gemeinsamen Standards in den Vertragsstaaten einen weiten Einschätzungsspielraum (→ Rn. 234). Er verfolge mit dem Schutz der zukünftig zu adoptierenden Kinder ein legitimes Ziel und die Maßnahme sei auch verhältnismäßig, da das Kindeswohl mangels gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse Vorrang haben müsse.⁷⁴⁴ Eine Minderheit der Richter bejahte dagegen einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK. Sie wies zu Recht darauf hin, dass dann, wenn ein Staat – über die Verpflichtung aus Art. 8 EMRK hinausgehend – alleinstehenden Personen eine Adoption ermögliche, Bewerber nicht aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert werden dürften (Wenn-dann-Schema → Rn. 42, 86). Die Maßnahme sei unverhältnismäßig, weil sie faktisch zu einem vollständigen Ausschluss Homosexueller von der Adoption führe.⁷⁴⁵ In einem späteren, ganz ähnlich gelagerten Fall nahm die Große Kammer diese Argumentation auf und stellte fest, dass die Homosexualität der Bf., die mit einer Lebenspartnerin zusammenlebte, eine entscheidende Rolle für die negative Entscheidung der Behörden und Gerichte gespielt habe. Der Hinweis darauf, dass eine – für das Kindeswohl als wichtig erachtete – Person des anderen Geschlechts fehle, drohe das Recht Alleinstehender auf Genehmigung einer Adoption inhaltslos werden zu lassen. Daher bejahte sie eine Diskriminierung der ansonsten geeigneten Bf. wegen ihrer sexuellen Orientierung.⁷⁴⁶ Im Ergebnis ist festzustellen, dass sich die Rechtsprechung des EGMR zur Diskriminierung wegen der

§ 36 kurz und knapp aus: »The Court is therefore forced to find [...] that the Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant's sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention [...]. The Court cannot therefore find that a reasonable relationship of proportionality existed between the means employed and the aim pursued« (Hervorhebung d. Verf.). – Dagegen verneinte die EKMR in einem Fall, in dem der transsexuelle Bf. u. a. eine Diskriminierung bei der Verweigerung des Umgangsrechts mit seinen Kindern geltend gemacht hatte, einen Verstoß gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK, weil sie die Gerichtsentscheidung als durch das vorrangige Kindeswohl gerechtfertigt ansah, vgl. EKMR No. 28154/95, § 2 – *L. F. v. Irland* (1997). In EGMR No. 37060/06, §§ 54 ff. – *J. M. v. Vereinigtes Königreich* (2010). bejahte der Gerichtshof eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung, weil die nicht sorgerechtsberechtigte Bf., die nach der Trennung von ihrem Ehemann in einer Beziehung mit einer Frau lebte, höhere Unterhaltszahlungen leisten musste, als wenn sie in einer neuen heterosexuellen Beziehung gelebt hätte.

⁷⁴³ EGMR No. 30141/04, §§ 61, 97 ff. – *Schalk u. Kopf* (2010). Kritisch zur Heranziehung eines weiten Einschätzungsspielraums R. Wiemann, Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung, EuGRZ 2010, 408 (412 f.).

⁷⁴⁴ EGMR No. 36515/97, Rep. 2002-I, §§ 37–43 – *Fretté*.

⁷⁴⁵ Abw. Votum der Richter *Bratza*, *Fuhrmann* und *Tulkens*, ebd., § 2b; die Richter machten deutlich, dass selbst dann, wenn es in den Mitgliedstaaten noch keinen gemeinsamen Standard (»common ground« or »uniform principles«) bzgl. der Adoption durch Homosexuelle gebe, der Staat keine vollständige Ermessensfreiheit besitze, sondern Art. 14 EMRK beachten müsse.

⁷⁴⁶ EGMR No. 43546/02, §§ 73, 85 ff. – *E. B. v. Frankreich* (GK) (2008). Siehe demgegenüber EGMR No. 25951/07 – *Gas u. Dubois* (2012).

sexuellen Orientierung an diejenige zur Geschlechtsdiskriminierung angeglichen hat. In beiden Fällen kann eine **Ungleichbehandlung grundsätzlich nicht mehr gerechtfertigt** werden.⁷⁴⁷

202 Die Behandlung **Transsexueller** hat der Gerichtshof bisher nur im Hinblick auf Art. 6, 8 und 12 EMRK geprüft und einen Verstoß bejaht.⁷⁴⁸ Daher hielt er es nicht für erforderlich, zusätzlich eine damit verbundene Diskriminierung wegen der sexuellen Identität am Maßstab des Art. 14 EMRK zu untersuchen (→ Rn. 38).

203 In **Deutschland** wurden im Vorfeld der Verfassungsreform von 1994 Vorschläge zur Ergänzung des Art. 3 Abs. 3 GG um das Kriterium »geschlechtliche Orientierung« abgelehnt.⁷⁴⁹ Gegen eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung schützt daher lediglich der allgemeine Gleichheitssatz.⁷⁵⁰ Im Rahmen der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG wird allerdings nach den Grundsätzen des *Transsexuellen*-Urteils eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung (neue Formel → Rn. 240) durchgeführt, weil dieses Merkmal den verpönten Kriterien des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nahekommt.⁷⁵¹ Das 2001 in Kraft getretene Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften,⁷⁵² nach dem gleichgeschlechtliche Paare ihre Verbindung in ein staatliches Register eintragen lassen und damit eheähnliche Rechte und Pflichten begründen können, verstößt nach Ansicht des BVerfG weder gegen den Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.⁷⁵³ Jedoch betonte das BVerfG in neueren Entscheidungen,

⁷⁴⁷ Siehe zur Entwicklung in diesem Bereich die Council of Europe standards: Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, Juni 2011.

⁷⁴⁸ Vgl. *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK Rn. 109 m. w. N.

⁷⁴⁹ Vgl. den Abschlussbericht der GVK, BT-Drs. 12/6000, 54, und den Entwurf der SPD-Fraktion, BT-Drs. 12/6323, 11. Zu einer Initiative aus jüngerer Zeit zur Ergänzung um dieses Kriterium *U. Sacksofsky*, Diskriminierungsverbot wegen sexueller Orientierung im Grundgesetz?!, Streit 2011, 32.

⁷⁵⁰ So mit Verweis auf die gescheiterte Verfassungsreform BVerfG (K) 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209 (210).

⁷⁵¹ BVerfGE 88, 87 (96); 116, 243 (260); siehe auch BVerfGE 121, 175 (201); § 8 TSG verletzt Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG, weil er einem verheirateten Transsexuellen nicht die Möglichkeit einräumt, die rechtliche Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erlangen, ohne seine Ehe beenden zu müssen. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz wird nicht geprüft. Siehe ausführlich zur Transsexuellen-Rechtsprechung des BVerfG *U. Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa, in: FS Jaeger, 2011, 675 (684 ff.). Siehe auch das jüngste Transsexuellen-Urteil des BVerfG, BVerfGE 128, 109 (122 ff.), m. Anm. von *M. Grünberger*, JZ 2011, 368. Danach verstoßen die in § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG aufgestellten Voraussetzungen für eine personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit, soweit sie dazu führen, dass ein homosexueller Transsexueller, der keinen geschlechtsändernden und die Zeugungsunfähigkeit herbeiführenden operativen Eingriff vornehmen lässt, keine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen kann. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz wird nicht geprüft.

⁷⁵² BGBl. 2001 I, 266; in Kraft getreten am 1.8. 2001; geändert durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts v. 15.12. 2004, BGBl. 2004 I, 3396. Hierzu und zur neuen BVerfG-Rspr. *R. Bömelburg*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut? NJW 2012, 2753.

⁷⁵³ BVerfGE 105, 313; zur unzulässigen Richtervorlage betr. die Frage, ob § 9 Abs. 7 Satz 2 LPartG, der es dem einen Lebenspartner erlaubt, das Kind des anderen anzunehmen, gegen das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verstößt, vgl. BVerfG (K) 1 BvL 15/09, Abs. 13–15, BVerfGK 16, 118.

dass das GG mit Art. 6 Abs. 1 einen sachlichen Differenzierungsgrund enthalte, der eine Begünstigung von Ehegatten im Vergleich zu Lebenspartnern rechtfertigen könne. So erachteten zwei Kammerentscheidungen die ungleiche Besoldung von verheirateten Beamten, die einen **Familienzuschlag** erhalten, und Beamten in eingetragener Lebenspartnerschaft, denen dieser Zuschlag verwehrt bleibt, als verfassungsgemäß. Auf der Tatbestandsebene stellte die Kammer fest, dass die Ungleichbehandlung unmittelbar an den Familienstand und lediglich mittelbar an die sexuelle Orientierung anknüpfe. Auf der Rechtfertigungsebene verwies sie darauf, dass weder im Besoldungs- noch im Beamtenversorgungsrecht eine Gleichstellung von Ehegatten und Lebenspartnern erfolgt sei. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, da die Ungleichbehandlung wegen des verfassungsrechtlichen Förderauftrags in Art. 6 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigt sei. Mit Blick auf die inzwischen ergangene Entscheidung des EuGH in *Maruko* (→ Rn. 205) stellte die Kammer ergänzend fest, dass es in Bezug auf den Familienzuschlag bereits an einer vergleichbaren Situation von Lebenspartnern und Ehegatten fehle, da in der Lebenswirklichkeit in der Ehe typischerweise ein Ehegatte wegen der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit tatsächlich Unterhalt vom anderen Ehegatten erhalte und so ein erweiterter Alimentationsbedarf entstehe.⁷⁵⁴ Diese auf einem stereotypen Rollenverständnis und einem überkommenen Ehe- und Familienbild beruhende Begründung wurde von einigen Instanzgerichten zu Recht abgelehnt.⁷⁵⁵ In seiner jüngsten Entscheidung zum Familienzuschlag hat mittlerweile auch das BVerfG anerkannt, dass sich die Benachteiligung anderer Lebensformen, die nach rechtlicher Verbindlichkeit, geregelter Lebenssachverhalt und Zweck mit der Ehe vergleichbar sind, nicht mit dem bloßen Verweis auf das Schutzgebot der Ehe rechtfertigen läßt. In solchen Fällen bedarf es jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung der anderen Lebensformen rechtfertigt.⁷⁵⁶

In einer Entscheidung zur betrieblichen **Hinterbliebenenversorgung** für öffentliche Arbeitnehmer vollzog das BVerfG eine **Rechtsprechungswende**. Der Erhalt einer Hinterbliebenenrente war nach der Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) dem überlebenden Ehegatten vorbehalten. Der Erste Senat stellte klar, dass diese Regelung zwar formal an den Familienstand anknüpft, dass es sich mit Blick auf die Zielsetzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, das typischerweise homosexuelle Menschen erfasst, und auf die Lebenswirklichkeit aber um eine Ungleichbehand-

204

⁷⁵⁴ BVerfG (K) 2 BvR 855/06, NJW 2008, 209 u. (K) 2 BvR 1830/06, BVerfGK 13, 501. Zu Recht kritisch die Anmerkung von C. D. Classen, JZ 2008, 794 f.

⁷⁵⁵ Diese bejahen die Vergleichbarkeit von Ehe und Lebenspartnerschaft in Bezug auf den Familienzuschlag der Stufe 1 (ehegattenbezogener Anteil), der generell an die gegenseitige Unterhaltspflicht anknüpfe. Die Gewährung des Anspruchs erfolgte rechtsdogmatisch über die unmittelbare Anwendbarkeit der RL 2000/78/EG (Fn. 245); vgl. OVG Schleswig LB 13/06 v. 22. 7. 2008; VG Stuttgart 4 K 1604/08 v. 5. 5. 2009, NVwZ 2009, 671; dazu H. Greve/F. Schürdel, Erster Widerstand gegen BVerfG und BVerwG – Lebenspartnerschaft und Familienzuschlag, DVBl. 2009, 962. Ebenso für die beamtenrechtliche Beihilfe, Hinterbliebenenversorgung und den Auslandszuschlag VG Berlin 5 A 99/08 v. 6. 5. 2009, 7 A 95/07 v. 7. 5. 2009, Streit 2010, 32 und für die betriebliche Hinterbliebenenversorgung BAG 3 AZR 20/07 v. 14. 1. 2009, BAGE 129, 105.

⁷⁵⁶ BVerfG 2 BVR 1397/09, NVwZ 2012, 1304, Abs. 67.

lung aufgrund der sexuellen Orientierung handelt.⁷⁵⁷ Damit geht das BVerfG – ebenso wie der EuGH in *Maruko* (→ Rn. 205) – von einer unmittelbaren Diskriminierung aus.⁷⁵⁸ Da es um eine unterschiedliche Behandlung von Personengruppen ging und das Differenzierungsmerkmal zudem den verpönten Merkmalen in Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar war, kam in der Rechtfertigungsprüfung die neue Formel (→ Rn. 240) zur Anwendung.⁷⁵⁹ Zum Prüfungsmaßstab führte das Gericht aus, dass die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen umso strenger seien, je größer die Gefahr sei, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar seien, zur Diskriminierung einer Minderheit führten. Bedenklich ist allerdings, dass das Gericht mit dieser Aussage ein asymmetrisches Diskriminierungskonzept zu favorisieren scheint, das den Schutz des Art. 3 Abs. 3 GG auf Angehörige gefährdeter Minderheiten beschränkt (→ Rn. 67f.). Zur Bekräftigung eines strengen Kontrollmaßstabs verwies das BVerfG auf die entsprechenden Diskriminierungsverbote im Unionsrecht und auf die Rspr. des EGMR im Fall *Karner* (→ Rn. 203).⁷⁶⁰ Danach genügt der bloße Verweis auf den Schutz der Ehe nicht. Die Rechtfertigung für die Privilegierung der Ehe liege »in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner«. In diesem Punkt unterschieden sich eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe aber nicht. Deswegen bedürfe die Ungleichbehandlung eines über die abstrakte Förderung der Ehe hinausgehenden sachlichen Rechtfertigungsgrundes. Ein solcher sei nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang wies das Gericht die stereotype Begründung in den o.a. Kammerentscheidungen (→ Rn. 203) ausdrücklich zurück und konstatierte, dass das typusprägende Bild der Versorgerehe nicht mehr der Realität entspreche und die Ehe nicht mehr auf eine bestimmte Rollenverteilung festgelegt werden könne.⁷⁶¹ Mit ähnlicher Argumentation beurteilte das BVerfG die Ungleichbehandlung der eingetragenen Lebenspartner gegenüber Ehegatten bei der **Erbschaftssteuer** als Verletzung von Art. 3

⁷⁵⁷ BVerfGE 124, 199 (221 ff.) mit ablehnender Anm. C. Hillgruber, JZ 2010, 41; ebenso G. Krings, Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner, NVwZ 2011, 26; zustimmend dagegen C. D. Classen, Erwiderung: Der besondere Schutz der Ehe – aufgehoben durch das BVerfG, JZ 2010, 411 f. Siehe zu den Auswirkungen dieser Entscheidung R. Wiemann, Rosige Aussichten für die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner mit Ehegatten?, NJW 2010, 1427 (1429 ff.).

⁷⁵⁸ Anders EGMR No. 66686/09 – *Manenc* (2010): Danach gehört die begrenzte Anwendung der Hinterbliebenenrente auf verheiratete Paare unter Ausschluss der Partner eines *Pacte civil de solidarité* in den Rahmen des weitgehenden Ermessensspielraums, den die EMRK den Vertragsstaaten in diesem Bereich einräumt. Eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung wurde verneint, da der *Pacte civil de solidarité* auch von Partnern unterschiedlichen Geschlechts eingegangen werden kann, die ebenfalls keinen Anspruch auf die Hinterbliebenenrente haben.

⁷⁵⁹ Siehe zu dieser Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH in der Rechtssache *K. Maruko/J. Bieback*, Die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und Diversity im Recht der Leistungen an Hinterbliebene, in: FS Pfarr, 2010, 185 (187 ff.).

⁷⁶⁰ BVerfGE 124, 199 (220 f.). Zur europarechtsfreundlichen, dynamischen Auslegung des nationalen Verfassungsrechts in dieser Entscheidung L. Michael, Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutz einer (über-)staatlichen Ordnung – Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration, NJW 2010, 3537.

⁷⁶¹ BVerfGE 124, 199 (228). Nach der geänderten Rspr. ist davon auszugehen, dass § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG (Beschränkung des Familienzuschlags der Stufe 1 auf Verheiratete) ebenfalls als verfassungswidrig anzusehen ist; vgl. T. Hoppe, Anm. zu BVerfG, Beschluss v. 7. 7. 2009, DVBl. 2009, 1516.

Abs. 1 GG.⁷⁶² Nach dieser Kehrtwende befindet sich die Rechtsprechung des BVerfG wieder im Einklang mit derjenigen des EGMR und des EuGH. Es bleibt abzuwarten, ob noch weitere Ungleichbehandlungen zwischen Lebenspartnern und Verheirateten auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand kommen.⁷⁶³

Der EuGH hatte vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf eine Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung verneint. In *Grant v. South-West Trains Ltd.* stellte er fest, dass eine solche Ungleichbehandlung nicht vom Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts erfasst werde.⁷⁶⁴ Inzwischen ist das Differenzierungsmerkmal der sexuellen Ausrichtung in Art. 19 Abs. 1 AEUV und in Art. 21 Abs. 1 GRC primärrechtlich verankert und in den Anti-Diskriminierungsrichtlinien (→ Rn. 10, 81) konkretisiert worden. In der Rechtsache *Maruko* erkannte der EuGH, dass die Verweigerung einer Hinterbliebenenrente für den Lebenspartner eines Versicherten in der Satzung einer deutschen Versorgungsanstalt eine Benachteiligung darstelle, die gegen die Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verstoßen könne.⁷⁶⁵ Er bejahte ohne nähere Begründung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung für den Fall, dass die Situation von Lebenspartner und Ehegatte nach nationalem Recht vergleichbar sei. Die Beurteilung der Vergleichbarkeit fällt jedoch in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte.⁷⁶⁶ Ist die Vergleichbarkeit gegeben, so darf die Satzungsvorschrift wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht mehr angewendet werden. In *Römer* hat der EuGH die Rechte gleichgeschlechtlicher Lebenspartner weiter gestärkt, indem er Homosexuellen, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, die gleichen Rentenansprüche wie verheirateten Personen zugesprochen hat. Die Freie und Hansestadt Hamburg hatte einem homosexuellen Verwaltungsangestellten eine günstigere Steuerklasse bei der Berechnung seiner Zusatzversorgung verweigert. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung vorliege, weil sich der Lebenspartner im nationalen Recht hinsichtlich dieser Bezüge in einer rechtlichen und tatsächlichen Situation befinde, die mit der von verheirateten Personen vergleichbar sei.⁷⁶⁷

⁷⁶² BVerfGE 126, 331 (416ff.).

⁷⁶³ Vgl. z.B. J. Henkel, Fällt nun auch das »Fremdkindadoptionsverbot«?, NJW 2011, 259.

⁷⁶⁴ EuGH Rs. C-249/96, Slg. 1998, I-621, Rn. 47 – *Grant*; die Klägerin hatte eine Diskriminierung wegen des Geschlechts geltend gemacht, weil ihr Arbeitgeber zwar Fahrtvergünstigungen für Ehepartner oder Lebenspartner des anderen Geschlechts, nicht aber für gleichgeschlechtliche Lebenspartner gewährte, vgl. dazu K. Monen, Das Verbot der Diskriminierung, 2008, 93; ebenso EuGH Rs. C-122/99 P, Slg. 2001, I-4319, Rn. 46–52 – *D. und Schweden v. Rat*: Anknüpfungspunkt sei nicht das Geschlecht, sondern der Familienstand. Umfangreiche Nachweise hierzu bei Rengeling/Szczekalla, § 24 Rn. 898.

⁷⁶⁵ EuGH Rs. C-267/06, Slg. 2008, I-1757 – *Tadao Maruko* (GK); dazu Lembke, Anm. zu EuGH Rs. C-267/06, NJW 2008, 1631; Mahlmann, Anm. zu EuGH Rs. C-267/06, EuZW 2008, 318; Brinktrine, Anm. zu EuGH Rs. C-267/06, JZ 2008, 790; Bruns, Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung, NJW 2008, 1929.

⁷⁶⁶ EuGH Rs. C-267/06, Slg. 2008, I-1757 Rn. 73 – *Tadao Maruko* (GK). Inzwischen hat das BVerfG (Fn. 757) die Vergleichbarkeit von Lebenspartnerschaft und Ehe in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung bejaht.

⁷⁶⁷ EuGH Rs. C-147/08, 10.5. 2011, Rn. 42ff. – *Römer* (GK). Siehe auch C. Brors, Diskriminierungsschutz bei der betrieblichen Altersversorgung von *Maruko* zu *Römer* – Vergleichbarkeit von

Die Ungleichbehandlung von **Transsexuellen** fällt nach Ansicht des EuGH demgegenüber unter das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts, weil sie hauptsächlich auf dem Geschlecht des Betroffenen beruht und ihn im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem er vor der Geschlechtsumwandlung zugerechnet wurde, schlechter stellt.⁷⁶⁸

- 206 Der UN-Menschenrechtsausschuss fasste in *Toonen v. Australien* die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung – anders als der EGMR – nicht unter das Kriterium »sonstiger Status«, sondern unter das Merkmal »Geschlecht«.⁷⁶⁹ Eine Begründung hierfür gab er allerdings nicht. In *Young v. Australien* bejahte er einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 26 IPbpR), weil er die Verweigerung einer Pension an den überlebenden gleichgeschlechtlichen Partner eines ehemaligen Soldaten als nicht gerechtfertigt ansah.⁷⁷⁰ Diese Wertung stimmt im Ergebnis mit der Rechtsprechung von EGMR, EuGH und BVerfG überein.

c) Behinderung

- 207 Das Bewusstsein für die Diskriminierung behinderter Menschen ist in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte und des BVerfG erst allmählich gewachsen.⁷⁷¹ So hat der EGMR noch Ende der 1990er Jahre in *Botta*, in dem der behinderte Bf. einen barrierefreien Zugang zu einem italienischen Privatstrand gefordert hatte, die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK verneint, weil es keine hinreichend enge Verbindung zwischen Freizeitaktivitäten an einem Urlaubsort und dem Privatleben des Bf. gebe.⁷⁷² In *Marzani* stellte er fest, dass sich aus Art. 8 EMRK kein Anspruch auf eine ganz bestimmte, den besonderen Ansprüchen des schwerbehinderten Bf. genügende Woh-

Lebenspartnerschaften und Ehen nach dem konkreten Versorgungszweck, EuZA 2012, 67; N. Reich, Zur zeitlichen Reichweite des unionsrechtlichen Nicht-Diskriminierungsgrundsatzes wegen der sexuellen Orientierung, EuZW 2010, 685. Siehe zur Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und verheirateten Personen bei der Berechnung von Betriebsanwartschaften auch BVerfG, 1 BvR 280/09. Vor dem Hintergrund der *Römer*-Entscheidung des EuGH wurde die Betriebsanwartschaft neu berechnet und die Beschwerde für erledigt erklärt.

⁷⁶⁸ EuGH Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20–22 – *P. v. S. und Cornwall County Council (GK)*; der Bf. war von seinem Arbeitgeber wegen der kurz bevorstehenden Geschlechtsumwandlung – unter vorgeschobenen Gründen – entlassen worden, was einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 RL 76/207 (Gleichbehandlungsrichtlinie a.F.) darstellte. Ähnlich EuGH Rs. C-117/01, Slg. 2004, I-541, Rn. 33 ff. – *K. B. v. National Health Service Pensions Agency*: Der EuGH stellte unter Verweis auf die Rspr. des EGMR zur Unmöglichkeit Transsexueller, in Großbritannien eine Ehe eingehen zu können, fest, dass Art. 157 AEUV einer solchen konventionswidrigen Regelung entgegenstehe, die es den Betroffenen unmöglich mache, die Voraussetzungen für den Erhalt einer Hinterbliebenenrente zu erfüllen.

⁷⁶⁹ Beschwerde No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992 v. 4.4. 1994, § 8.7; kritisch Nowak, CCPR Commentary, 2005, Art. 26 Rn. 43.

⁷⁷⁰ Beschwerde No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 v. 18.9. 2003, § 10.4; vgl. zu der Gewährung einer Rente zu Gunsten des überlebenden Lebenspartners Beschwerde No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005 v. 14.5. 2007. Der Menschenrechtsausschuss ließ in diesem Zusammenhang offen, ob die Diskriminierung an das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung anknüpft, § 9. In dem Sondervotum wird die Einbeziehung der sexuellen Orientierung über das Merkmal des sonstigen Status in Artikel 26 IPbpR abgelehnt.

⁷⁷¹ Siehe dazu überblicksartig T. Degener, Disabled People, Non-Discrimination of, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPLIL (2012), online edition <http://www.mpepil.com>.

⁷⁷² EGMR No. 21439/93, Rep. 1998-I, § 34 f. – *Botta* (1998).

nung ableiten lasse.⁷⁷³ Damit ist die Haltung des EGMR in Bezug auf einen Anspruch behinderter Menschen auf barrierefreie Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und entsprechende angemessene Vorkehrungen zu deren Ermöglichung eher restriktiv, was angesichts der finanziellen Implikationen für die Vertragsstaaten nicht verwundert. Auch sonst beließ der Gerichtshof den Staaten einen weiten Einschätzungsspielraum. In *Pretty* hatte die vom Kopf abwärts gelähmte Bf., die eine Straffreistellung ihres Ehemannes für die nach britischem Recht strafbare Beihilfe zum Selbstmord begehrte, u. a. einen Verstoß gegen Art. 14 EMRK geltend gemacht. Sie rügte die **ungerechtfertigte Gleichbehandlung von Behinderten und Nichtbehinderten**. Das generelle Verbot der Beihilfe zum Selbstmord benachteilige sie in besonderer Weise, weil sie – im Gegensatz zu nicht körperbehinderten Personen – nicht ohne fremde Hilfe Selbstmord begehen könne. Der Gerichtshof hielt die Gleichbehandlung – anders als im *Thlimmenos*-Fall (→ Rn. 165) – aber für gerechtfertigt, weil es vernünftige Gründe gebe, im Strafgesetz keine Ausnahme zugunsten Behinderter (bzw. der Beihilfe zum Selbstmord Behinderter) zu machen. Eine Abgrenzung zwischen Personen, die ohne fremde Hilfe Selbstmord begehen könnten, und solchen, die dies nicht könnten, sei schwierig, und es bestehe die Gefahr, dass der Zweck des britischen Gesetzes, Leben zu schützen, unterminiert werde.⁷⁷⁴ Im Fall *B. v. United Kingdom*, in dem die schwer lernbehinderte Bf. aufgrund ihrer Behinderung nicht in der Lage war, bestimmte meldspflichtige Tatsachen, welche ihre Sozialhilfe schmälern würden, zu erkennen und der Sozialbehörde zu melden, und ihr der zu Unrecht empfangene Betrag wieder abgezogen wurde, sah der EGMR in der Behinderung zwar ein relevantes Kriterium für eine die besonderen Umstände berücksichtigende Ungleichbehandlung. Im konkreten Fall stellte jedoch das reibungslose Funktionieren des Sozialsystems einen legitimen Zweck der Nicht-Differenzierung dar und die Modalitäten der Rückzahlung waren zumutbar.⁷⁷⁵ In einem anderen Fall stellte der EGMR demgegenüber fest, dass die Praxis der Schweizer Armee, von Männern mit leichter Behinderung, die untauglich für den Wehrdienst waren, eine Ausgleichszahlung zu verlangen, diese in zweierlei Hinsicht diskriminiere: Erstens gegenüber Schwerbehinderten, die – anders als Personen mit leichter Behinderung – keinen finanziellen Ausgleich für den Ausfall des Wehrdienstes leisten müssten, und zweitens gegenüber Gewissensverweigerern, die die Möglichkeit zur Leistung eines Ersatzdienstes hätten. Die Verpflichtung zu einer nicht unbeträchtlichen Ausgleichszahlung ohne Alternative sei unverhältnismäßig.⁷⁷⁶ In einem neueren Fall hatte der EGMR erstmals über die Diskriminierung eines HIV-positiven Bf. zu entscheiden. Die schwierige Frage, ob eine HIV-Infektion als Behinderung anzusehen sei, ließ er offen und subsumierte den Gesundheitszustand allgemein unter den Auffangtatbestand des »sonstigen Status«. Hervorzuheben ist, dass der Ge-

⁷⁷³ EGMR No. 36448/97 – *Marzani* (1999).

⁷⁷⁴ EGMR No. 2346/02, Rep. 2002-III, §§ 87–89 – *Pretty*. Beschwerde No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 v. 18. 9. 2003, § 10.4.

⁷⁷⁵ EGMR No. 36571/06, §§ 58 ff. – *B. v. Vereinigtes Königreich* (2012).

⁷⁷⁶ EGMR No. 13444/04, §§ 96–98 – *Glor* (2009); zur Beschwerde eines Inhaftierten mit Behinderung gegen die Haftbedingungen vgl. EGMR No. 6253/03, §§ 142 ff. – *Vincent* (2006): Die Inhaftierung des im Rollstuhl sitzenden Bf., der sich in der zu kleinen Zelle nicht frei fortbewegen und diese nicht verlassen konnte, verstoße zwar gegen Art. 3 EMRK; diese unmenschliche Behandlung knüpfte aber nicht an die Behinderung des Bf. an (§ 145).

richtshof die Gruppe der HIV-Infizierten – ebenso wie die Gruppe der geistig Behinderten⁷⁷⁷ – als eine besonders verwundbare Gruppe ansah, deren Ungleichbehandlung nur durch sehr gewichtige Gründe gerechtfertigt werden könne.⁷⁷⁸ Mit der Frage einer Diskriminierung wegen Fehlens einer inklusiven Beschulung für behinderte Kinder hat sich bisher nur der Europäische Sozialrechtsausschuss befasst und einen Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta bejaht.⁷⁷⁹

208 In Deutschland ist im Rahmen der Verfassungsänderung von 1994 in Art. 3 Abs. 3 GG ein zweiter Satz eingefügt worden, der **Benachteiligungen wegen einer Behinderung ausdrücklich verbietet**.⁷⁸⁰ Damit ist ein Paradigmenwechsel weg von dem traditionellen sozialstaatlich-rehabilitativen hin zu einem anti-diskriminierungsrechtlichen Ansatz in der Behandlung von Menschen mit Behinderungen eingeläutet worden. Vorbild hierfür war die Antidiskriminierungsgesetzgebung in den USA.⁷⁸¹ Anders als bei den Differenzierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wird nur eine Schlechterstellung Behinderter verboten, weil bereits einfachgesetzlich normierte Bevorzugungen bestehen bleiben und zukünftige Privilegierungen Behinderter von vornherein nicht erfasst werden sollen.⁷⁸² Das BVerfG hat den Begriff der Benachteiligung objektiv im Rahmen einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls bestimmt. Demgemäß liegt eine Benachteiligung zum einen vor, wenn Behinderten der Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen oder Leistungen gänzlich verwehrt wird oder wenn sie von bestimmten gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten vollständig ausgeschlossen werden.⁷⁸³ Sie ist zum anderen insbesondere dann gegeben, wenn der Ausschluss von

⁷⁷⁷ EGMR No. 38832/06, § 42 – *Kiss* (2010). Prüfungsmaßstab war hier Art. 3 ZP, da dem Bf. aufgrund seiner geistigen Behinderung das Wahlrecht entzogen worden war. Siehe zur Unvereinbarkeit des Ausschlusses von Menschen mit Behinderung vom Wahlrecht *B. Schulte*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und der Ausschluss von Menschen mit Behinderungen vom Wahlrecht, ZRP 2012, 16; *U. Hellmann*, Zur Vereinbarkeit des Wahlrechtsausschlusses nach § 13 Nr. 2 BWG mit bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen, BtPrax 2010, 208; European Agency for Fundamental Rights, The Right to Political Participation of Persons with Mental Health Problems and Persons with Intellectual Disabilities, 2010 abrufbar unter http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Report-vote-disability_EN.pdf. S. ferner *L. Palleit*, Gleiches Wahlrecht für alle? Menschen mit Behinderungen und das Wahlrecht in Deutschland, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2011.

⁷⁷⁸ EGMR No. 2700/10, §§ 63 ff. – *Kiyutin* (2011). Dem in Russland verheirateten ausländischen Bf. wurde eine Aufenthaltserlaubnis verweigert, weil er HIV-positiv war. Der EGMR entschied, dass der Gesundheitsstatus einschließlich einer HIV-Infektion unter »other status« i.S.d. Art. 14 EMRK fällt: »either as a form of disability or alongside with it« (§ 57).

⁷⁷⁹ ECSR No. 13/2002, §§ 51 ff. – *International Association Autism-Europe v. France* (2003): Verstoß gegen Art. 15, 17 und Art E (Diskriminierungsverbot) ESC; No. 41/2007, §§ 49 ff. – *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria* (2008): Verstoß gegen Art. 17 Abs. 2 und Art. E ESC.

⁷⁸⁰ Das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung fand erst im Vermittlungsausschuss Eingang in die GG-Änderung (BT-Drs. 12/8423), weil in der GVK keine Zweidrittelmehrheit zustande gekommen war. Ziel des Verfassungsgebers war es, einerseits den Schutz der Behinderten zu verstärken und andererseits das Bewusstsein der Bürger für die Belange der Behinderten zu schärfen, vgl. Bericht der GVK, BT-Drs. 12/6000, 53.

⁷⁸¹ Dazu ausf. *A.-M. Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht: ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, 2009.

⁷⁸² So *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 190; *Heum*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 120; *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 228 und 305 ff.; ausf. *M. Buch*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG), 2000; *S. Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2002, 175 ff.; *T. Leder*, Das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung, 2006.

⁷⁸³ BVerfGE 99, 341 (356 f.); der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von

Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten nicht durch besondere Fördermaßnahmen hinlänglich kompensiert wird.⁷⁸⁴ Eine Benachteiligung kann nur aus zwingenden Gründen, d. h. aus Gründen, die in der mit der Behinderung verbundenen Funktionsbeeinträchtigung selbst oder in anderen Verfassungsnormen (verbots- und verfassungsimmanente Schranken) angelegt sind, gerechtfertigt werden (→ Rn. 242).⁷⁸⁵ Insofern ist die Rechtfertigungsmöglichkeit sehr viel begrenzter als nach Art. 14 EMRK. Darüber hinaus begründet das Benachteiligungsverbot ein Teilhabe- bzw. derivatives Leistungsrecht. Allerdings können staatliche Maßnahmen zum Ausgleich einer Behinderung, die eine solche Teilhabe erst ermöglichen, nur unter dem Vorbehalt des finanziell, personell, sachlich und organisatorisch Möglichen beansprucht werden.⁷⁸⁶ Über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte wirkt das Benachteiligungsverbot außerdem auf die Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen ein.⁷⁸⁷

Im Recht der EU findet sich das Merkmal der Behinderung auf primärrechtlicher Ebene in Art. 19 Abs. 1 AEUV und Art. 21 Abs. 1 GRC. Daneben »anerkennt und achtet« die Union gemäß Art. 26 GRC einen Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Integrationsmaßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung und ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft. Schon diese Formulierung macht – zusammen mit der Entstehungsgeschichte – deutlich, dass Art. 26 GRC selbst kein subjektives Recht auf angemessene Vorkehrungen gewährt, sondern solche Rechte aus anderer Quelle voraussetzt.⁷⁸⁸ Daher ist der juristische Mehrwert dieser Bestimmung gegenüber dem in Art. 21 Abs. 1 GRC verankerten Diskriminierungsverbot wohl eher als gering einzuschätzen. Auf sekundärrechtlicher Ebene ist dagegen in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG zumindest für den Bereich des Erwerbslebens ein Anspruch auf angemessene Vorkehrungen gegen den Arbeitgeber normiert worden.⁷⁸⁹ In der Rechtsprechung spielte die Behinderung als Differenzierungsmerkmal bisher kaum eine Rolle. Der EuGH hatte in der Rechtssache *Chacón*

209

der Testiermöglichkeit (§§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkundungsG) verstößt u. a. gegen das Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

⁷⁸⁴ BVerfGE 96, 288 (303); in dieser Leitentscheidung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ging es um die – entgegen dem Wunsch der Betroffenen – verfügte Überweisung eines schwer behinderten Kindes von einer allgemeinen Schule an eine Sonderschule für Körperbehinderte. Dazu ausf. *P. Reichenbach*, Der Anspruch behinderter Schülerinnen und Schüler auf Unterricht in der Regelschule: zugleich ein Beitrag zur Interpretation des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, 2001. Kritisch zur Kompensationslösung *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht (Fn. 781), 33 ff., die u. a. die Einfügung eines Rechts auf angemessene Vorkehrungen in das Diskriminierungskonzept des AGG fordert (259f.).

⁷⁸⁵ Siehe dazu die Verfassungsbeschwerde eines Blinden, der nicht zum Schöffen in einem Strafverfahren ernannt wurde, BVerfG (K) 2 BvR 577/01 Abs. 7, BVerfGK 3, 74, sowie eines Polizeibeamten, der mit dem Verweis auf seine Behinderung vom Beförderungsgeschehen ausgeschlossen wurde, BVerfG (K) 2 BvR 2571/07, NVwZ 2009, 389; vgl. auch BVerfGE 99, 341 (357); ausf. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 314 m. w. N.

⁷⁸⁶ BVerfGE 96, 288 (305f.).

⁷⁸⁷ BVerfGE 99, 341 (356); BVerfG (K) 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658 (2659): Bei der Auslegung eines Mietvertrages müssen die Gerichte die Interessen eines Mieters, der vom Vermieter die Zustimmung zum Einbau eines Treppenlifts für seine behinderte Lebensgefährtin begehrt, wegen der in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG enthaltenen objektiven Wertentscheidung besonders gewichten.

⁷⁸⁸ Dazu näher *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 26 Rn. 16, 21.

⁷⁸⁹ Dazu *A.-M. Fuerst*, Behindertendiskriminierung, Direktionsrecht und angemessene Vorkehrungen nach Art. 5 RL 2000/78/EG, Der Betrieb 2009, 2153.

Navas erstmals den Begriff der Behinderung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zu klären. In Abgrenzung zur Krankheit stellte er darauf ab, dass die Teilhabe am Berufsleben im Falle der Behinderung über einen langen Zeitraum eingeschränkt sei. Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung stehe der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Krankheit daher nicht entgegen.⁷⁹⁰ In *Coleman* dehnte er den Anwendungsbereich der Richtlinie dahingehend aus, dass das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nicht nur Menschen schützt, die selbst eine Behinderung haben, sondern auch solche, die eine behinderte Person betreuen.⁷⁹¹

- 210 Die Rechte von Menschen mit Behinderungen wurden zudem auf der Ebene des universellen Menschenrechtsschutzes erweitert. Am 13. Dezember 2006 wurde von der Generalversammlung der Vereinten Nationen die **Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen** verabschiedet.⁷⁹² Hervorzuheben sind das Recht behinderter Menschen auf Barrierefreiheit und volle Einbeziehung in das gesellschaftliche Leben sowie die korrespondierende Verpflichtung der Staaten, angemessene Vorkehrungen (reasonable accommodation) zur Erreichung dieser Ziele zu treffen.⁷⁹³ Zur Überwachung der Umsetzung des Übereinkommens ist – nach dem Muster der übrigen internationalen Menschenrechtsverträge – ein Vertragsausschuss eingerichtet worden, dem die Vertragsstaaten in regelmäßigem Turnus berichten. Das dazugehörige Fakultativprotokoll sieht die Möglichkeit einer Individualbeschwerde und eines Untersuchungsverfahrens vor.

d) Alter

- 211 Anders als in den USA spielte die Diskriminierung wegen des Alters in der Rechtsprechung von EGMR, EuGH und BVerfG lange Zeit keine nennenswerte Rolle.⁷⁹⁴ Der Problematik dieses Differenzierungskriteriums, das im Gegensatz zu den meisten anderen relevanten Kriterien **keine abgrenzbare Gruppe**, sondern potentiell jeden betrifft, wurde man sich in Europa erst langsam bewusst.⁷⁹⁵ Da Differenzierungen nach dem Alter in der Rechtsordnung sehr häufig vorgenommen werden und der Gesetzgeber, etwa beim Eintritt in das Erwachsenenleben und den Ruhestand, mit Typisierungen arbeitet, liegt das mit einer Diskriminierung verbundene Unrecht insbesondere

⁷⁹⁰ EuGH Rs. C-13/05, Slg. 2006, I-6467 – *Sonia Chacón Navas*.

⁷⁹¹ EuGH Rs. C-303/06, Slg. 2008, I-5603 – *Coleman*; dazu *Lindner*, (Fn. 598), 2751.

⁷⁹² In Deutschland am 26.03. 2009 in Kraft getreten, BGBl 2008 II 1419; dazu *S. Schmahl*, Menschen mit Behinderung im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, AVR 2007, 517; ausf. *P. Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene, 2010.

⁷⁹³ Siehe zu den Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf den Schulbereich in Deutschland *A. Faber/V. Roth*, Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention durch die Schulgesetzgebung der Länder, DVBl. 2010, 1193.

⁷⁹⁴ Die Altersdiskriminierung von Arbeitnehmern ist im Age Discrimination in Employment Act (ADEA) von 1967 geregelt. Zur Rechtslage in den USA ausf. *B. T. Lindemann/D. D. Kadue*, Age Discrimination in Employment Law, 2003; *R. L. Lieberwitz*, Employment Discrimination Law in the United States: On the Road to Equality?, in: R. Blanpain (Hrsg.), *New Developments in Employment Discrimination Law*, 2008, 1 (27ff.); *K. v. Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009.

⁷⁹⁵ Dazu *D. König*, Das Verbot der Alterdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?, in: FS Zuleeg, 2005, 341 (345f.), m.w.N.

darin begründet, dass der Einzelne selbst dann von Rechten oder Vergünstigungen ausgeschlossen wird, wenn er – schon oder noch – alle notwendigen Anforderungen erfüllt.⁷⁹⁶ Erst 2010 beurteilte der EGMR zum ersten Mal einen Fall behaupteter Altersdiskriminierung. Einer 47-jährigen Frau wurde wegen des fortgeschrittenen Alters kein zweites Adoptivkind zugesprochen. Der Gerichtshof stellte vor allem darauf ab, dass sich diesbezüglich noch kein europäischer Standard gebildet habe und dass dementsprechend die nationalen Behörden einen großen Einschätzungsspielraum genössen. Die Verweigerung der Adoption war folglich zur Wahrung des Kindeswohls verhältnismäßig und verletzte nicht Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK.⁷⁹⁷

Das BVerfG hat **Altersgrenzen im Erwerbsleben** vorrangig im Rahmen der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG geprüft und regelmäßig für zulässig gehalten.⁷⁹⁸ Es ordnet Altersgrenzen im Rahmen der Drei-Stufen-Lehre als subjektive Zulassungsvoraussetzungen ein, die zu ihrer Rechtfertigung dem Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen müssen. Gerade bei Berufen im Gesundheitswesen wird der Schutz der Patienten vor altersbedingt nicht mehr voll leistungsfähigen Berufstätigen

212

⁷⁹⁶ Vgl. Britz (Fn. 228), 113 ff., die von »Generalisierungsunrecht« (2f.) und »statistischer Diskriminierung« (9 ff.) spricht.

⁷⁹⁷ EGMR No. 25762/07, insb. §§ 82–99 – *Schwizgebel* (2010); No. 53760/00, § 26 – *B. B.* nahm den Aspekt der Diskriminierung aufgrund des Alters auf, lehnte eine Behandlung desselben jedoch ab, da bereits eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung bejaht wurde. Relevant mit Blick auf den Schutz alter Menschen auch EGMR No. 29392/95, Rep. 2001-V, § 73 – *Z u. a. v. Vereinigtes Königreich (GK)*, wo der Gerichtshof feststellte, dass die Vertragsstaaten aus Art. 3 EMRK verpflichtet sind, eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung von Kindern oder anderen verwundbaren Personen zu verhindern, und zwar auch in Einrichtungen, die von Privaten betrieben werden. Diskriminierungen wegen des Alters treten vor allem im Berufsleben auf und sind daher vielfach nicht vom Anwendungsbereich der in der EMRK geschützten Freiheitsrechte umfasst. Zur Bedeutung von Art. 14 EMRK in Bezug auf die Altersdiskriminierung *H. Meenan*, *Reflecting on Age Discrimination and Rights of the Elderly in the European Union and the Council of Europe*, MJ 14 (2007) 39 (43 ff.).

⁷⁹⁸ BVerfGE 1, 264 (274 ff.); 9, 338 (345 ff.); 64, 72 (82). Nach BVerfGE 80, 257 (265) ist eine Höchstaltersgrenze für den Eintritt in das Anwaltsnotariat zwar grundsätzlich zulässig, bedarf aber einer gesetzlichen Grundlage. Dies wurde bestätigt durch BVerfG (K) 1 BvR 2887/06, NVwZ 2007, 804 – *Fluglotsen*. Zur Unzulässigkeit einer Altersgrenze für Rechtsanwälte OVG NRW VII A 358/52 v. 25. 11. 1952, DÖV 1953, 705. Vgl. auch BVerfG (K) 2 BvR 1088/97, NVwZ 1997, 1207: Die Höchstaltersgrenze von 65 Jahren für eine Kandidatur zur Bürgermeisterwahl verstößt weder gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) noch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, weil sie zur Sicherstellung einer effektiven und kontinuierlichen Amtsführung über die gesamte Amtsperiode gerechtfertigt ist. Bzgl. der Regelung einer pauschalen Altersgrenze für gewerbsmäßig fliegende Piloten nahm das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, BVerfG (K) 2 BvR 2408/06, GewA 2007, 149, gleiches gilt für die Verfassungsbeschwerde eines Piloten gegen die tarifvertragliche Festsetzung von Altersgrenzen, BVerfG (K) 1 BvR 2459/04, GewA 2005, 243. Anders insoweit der EuGH Rs. C-447/09, 13. 9. 2011, Rn. 54 ff. – *Prigge u. a. (GK)*, der die Unionsrechtswidrigkeit einer tarifvertraglichen Altersgrenze für Piloten festgestellt hat. Die stufenweise Heraufsetzung des Pensionsalters für Polizeibeamte, BVerfG (K) 2 BvR 1081/07, NVwZ 2008, 1233, ist ebenso verfassungsgemäß wie die Höchstaltersgrenze von unter 25 Jahren für die Einstellung in den mittleren Polizeivollzugsdienst, BVerwG 2 C 31/08 v. 24. 9. 2009, NVwZ 2010, 251; kritisch zu generellen Höchstaltersgrenzen im Beamtenrecht *J. Kühling/K. Bertelsmann*, Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung von Beamten, NVwZ 2010, 87. Vgl. zur Vereinbarkeit der in §§ 47 Nr. 1, 48a BNotO geregelten Altersgrenze für Notare mit europäischem Recht – den Beschluss des BGH NotZ 16/09, BGHZ 185, 30 bestätigend – den Nichtannahmebeschluss des BVerfG (K) 1 BvR 2870/10, Abs. 13, NJW 2011, 1131.

- gen als ein besonders wichtiges Gemeinwohlinteresse anerkannt.⁷⁹⁹ Dabei wird die Erreichung eines fortgeschrittenen Lebensalters stereotyp mit dem Abbau der Leistungsfähigkeit gleichgesetzt.⁸⁰⁰ Sind die Regelungen mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, so sieht das BVerfG folgerichtig die damit im Vergleich zu anderen freien Berufen verbundene Ungleichbehandlung auch bei Anlegung eines strengeren Prüfungsmaßstabs nach der neuen Formel als sachlich gerechtfertigt an und verneint einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁰¹ Diese Rechtsprechung verhindert die Erkenntnis, dass es sich bei starren Altersgrenzen um ein Problem der Diskriminierung handelt, das mit der Diskriminierung wegen des Geschlechts durchaus vergleichbar ist.⁸⁰² Es gibt allerdings Anzeichen dafür, dass das BVerfG mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH Altersdiskriminierungen zukünftig einer strengeren Prüfung unterziehen könnte.⁸⁰³
- 213 Im Recht der EU ist das Differenzierungsmerkmal Alter sowohl in Art. 19 Abs. 1 AEUV als auch in Art. 21 Abs. 1 GRCh aufgeführt. Außerdem enthält Art. 25 GRCh – ebenso wie Art. 26 GRCh in Bezug auf das Merkmal Behinderung (→ Rn. 209) – die programmatische Aussage, dass die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben anerkennt und achtet.⁸⁰⁴ Sekundärrechtlich sind die Mitgliedstaaten nach der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verpflichtet, im Arbeitsleben eine Diskriminierung wegen des Alters

⁷⁹⁹ So schon BVerfGE 9, 338 (345f.): Altersgrenze von 70 Jahren für Hebammen; BVerfG (K) 1 BvR 2167/93 u. 2198/93, NJW 1998, 1776; Altersgrenze von 68 Jahren für Vertragsärzte. Die Höchstaltersgrenze für den Erwerb eines Vertragsarztsitzes sah das BVerfG ebenfalls als verhältnismäßig an, weil die damit bezweckte Sicherung der finanziellen Stabilität und Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung »Gemeinwohlauflagen von hohem Rang« seien und die hoch angesetzte Erstzulassungsgrenze (55 Jahre) den Betroffenen zumutbar sei, BVerfGE 103, 172; eine Altersgrenze für die erstmalige Bestellung zum Notar sei durch das überragend wichtige Rechtsgut der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege gerechtfertigt, vgl. BVerfG (K) 1 BvR 76/08, NJW 2008, 1212, dieses Urteil ist eine Fortführung der früheren Entscheidung BVerfGE 80, 257 (Fn. 797). Die Altersgrenze für Piloten sah das BVerfG im Hinblick auf die Sicherheit und körperliche Unversehrtheit einer Vielzahl von Personen als gerechtfertigt an, BVerfG (K) 2 BvR 2408/06, GewA 2007, 149.

⁸⁰⁰ Krit. zu dieser pauschalen Unterstellung *Fenske* (Fn. 794), 23f., mit Verweis auf gerontologische Studien; für ein geschärftes Bewusstsein bzgl. der Altersdiskriminierung und die Beseitigung starrer Altersgrenzen S. *Simitis*, Altersdiskriminierung – die verdrängte Benachteiligung, NJW 1994, 1453; *ders.*, Die Altersgrenzen – ein spät entdecktes Problem, RdA 1994, 257 (260f.).

⁸⁰¹ BVerfGE 103, 172; zur Unzulässigkeit der Vorlage bzgl. der Verfassungsmäßigkeit von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB siehe BVerfG, 1 BvL 4/08, BVerfGK 14, 429.

⁸⁰² Hierzu auf europäischer Ebene instruktiv EuGH Rs. C-356/09, 18.11.2010 – *Kleist*. Zu der Problematik des anzuwendenden Rechtfertigungsmaßstabs, wenn eine Regelung neben dem Alter (direkt oder indirekt) noch ein weiteres Diskriminierungsmerkmal verletzt vgl. *D. Schiek*, Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues, CMLRev 2011, 777 (793ff.).

⁸⁰³ Vgl. BVerfG (K) 1 BvR 1103/11, Abs. 15, EuGRZ 2011, 713, in dem es dem BVerwG insbes. unter Verweis auf EuGH Rs. C-447/09, 13.9.2011 – *Prigge u. a.* (GK) deutlich nahelegt, eine Höchstaltersgrenze von 71 Jahren in einer IHK-Satzung für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige als Verstoß gegen den Grundsatz der Altersdiskriminierung zu werten. Dieser Argumentation ist das BVerwG 8 C 24.11 v. 1.2. 2012, NJW 2012, 1018, nunmehr gefolgt.

⁸⁰⁴ Zur juristischen Bedeutung dieser Vorschrift wird auf die Ausführungen zu Art. 26 GRCh verwiesen (Rn. 209). Vgl. auch *Mann*, in: Tettinger/Stern, Art. 25, Rn. 13ff.; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 25 Rn. 9f.; *Meenan*, Reflecting on Age Discrimination (Fn. 797), 63ff.

zu verhindern bzw. zu beseitigen.⁸⁰⁵ Wegen der Besonderheiten des Kriteriums Alter (→ Rn. 211) können Ungleichbehandlungen allerdings im Rahmen einer speziellen Ausnahmeregelung (Art. 6) zur Erreichung arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Ziele leichter gerechtfertigt werden als solche aus anderen Gründen. In der Leitentscheidung *Mangold* erklärte der EuGH die deutsche Regelung des § 14 III TzBfG, die es erlaubte, Verträge mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren uneingeschränkt zu befristen, um die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer zu fördern, dennoch für europarechtswidrig.⁸⁰⁶ Der Gerichtshof akzeptierte zwar, dass diese Regelung ein legitimes Ziel verfolgte, hielt sie aber, da sie ohne Berücksichtigung individueller Verhältnisse allein an das Alter anknüpfte, für unverhältnismäßig. Er wies darauf hin, dass eine nationale Regelung, die dem Gemeinschaftsrecht widerspreche, unanwendbar sei, obgleich die für Deutschland verlängerte Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG noch nicht abgelaufen war. Dies begründete er auf zweierlei Weise: Zum einen zog der EuGH seine bisherige Rechtsprechung zum Frustrationsverbot als Vorwirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist heran. Der Mitgliedstaat dürfe keine neuen Vorschriften erlassen, die geeignet seien, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen. Zum anderen habe das Verbot der Altersdiskriminierung seine Grundlage nicht in der Richtlinie, sondern stelle – als Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung – einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar. Diese Entscheidung fand nicht nur in Deutschland ein überwiegend kritisches Echo.⁸⁰⁷ Den Kritikern ist allerdings entgegenzuhalten, dass der EuGH, anders als vielfach angenommen,⁸⁰⁸ die Richtlinie keineswegs als im Privatrechtsverhältnis unmittelbar anwendbar angesehen hat. Vielmehr ist die

⁸⁰⁵ RL 2000/78/EG v. 27.11. 2000, ABl. EG 2000 L 303/16, dazu ausf. *D. Richter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im Recht der Europäischen Union. Normative Architektur und Rechtspraxis, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, 2011/2012, 405 (407ff.); *C.-H. Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Eine Strukturanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Verbotes der Altersdiskriminierung, 2011; *D. Groß*, Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, 2010; *Mönnen* (Fn. 764), 72ff.; *M. Schmidt/D. Senne*, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80 (85ff.); *Thüsing* (Fn. 269), 168ff.; *Wesseling* (Fn. 305).

⁸⁰⁶ EuGH Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – *Mangold* (GK). Vgl. dazu *Kingreen*, Grundrechtsverbund (Fn. 124); *Huster*, Gleichheit im Mehrebenensystem (Fn. 124); *Meenan*, Reflecting on Age Discrimination (Fn. 797), 60f.; *T. Richter/S. Bouchouaf*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts – der Beginn eines umfassenden europäischen Altersdiskriminierungsrechts, NVwZ 2006, 538; *A. v. Oettingen/D. Rabenschlag*, Europäische Richtlinien und allgemeiner Gleichheitssatz im innerstaatlichen Recht – Anmerkungen anlässlich des *Mangold*-Urteils des EuGH, ZEuS 2006, 363. Vgl. zu § 14 III TzBfG im Zusammenhang mit dem Verbot der Altersdiskriminierung auch EuGH Rs. C-109/09, 10.3. 2011 – *Kumpan*.

⁸⁰⁷ *J. Cavallini*, De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior, La Semaine juridique social 2005, 25; *O. Dubos*, La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?, La Semaine juridique 2006, 1295; *J. Swift*, Pale, stale, male, NLJ 2007, 532; *D. Schiek*, The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation, Industrial Law Journal 2006, 329; zitiert nach *GA Sharpston*, Schlussantrag in der Rs. C-427/06, Slg. 2008, I-7245, Rn. 31 – *Bartsch*.

⁸⁰⁸ Vgl. z. B. *T. Gas*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil »*Mangold*«, EuZW 2005, 737; *N. Reich*, Anm. zu EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, EuZW 2006, 20 (22); *J.-H. Bauer/C. Arnold*, Auf »Junk« folgt »*Mangold*« – Europarecht verdrängt deutsches

Durchsetzung des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung im konkreten privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Folge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Verhältnis zu einer damit kollidierenden nationalen Rechtsvorschrift (sog. »negative« horizontale Reflexwirkung).⁸⁰⁹ Nachdem die Rechtsprechung in der Rs. *Mangold* mittels einer Verfassungsbeschwerde angegriffen worden war, stellte das BVerfG fest, dass der EuGH nicht *ultra vires* gehandelt hatte, sondern im Rahmen vertretbarer Rechtsfortbildung geblieben war.⁸¹⁰ Nach Inkrafttreten der GRC bedarf es zudem nicht mehr der zu Recht als zu pauschal kritisierten Herleitung des Diskriminierungsverbots wegen des Alters aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und völkerrechtlichen Verträgen.⁸¹¹ In Folge der Rs. *Mangold* kamen zahlreiche Rechtsvorschriften und Regelungen, die an das Alter anknüpften, auf den europarechtlichen Prüfstand.⁸¹² Die Rechtsprechung des Gerichtshofs blieb zwar nicht

Arbeitsrecht, NJW 2006, 6 (9f.); so auch GA Tizzano in seinen Schlussanträgen, Rn. 102ff. (insbes. Rn. 106, 108).

⁸⁰⁹ Ebenso R. Streinz/C. Herrmann, Der Fall Mangold – eine kopernikanische Wende im Europarecht?, RdA 2007, 165 (169); C. Herrmann, Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, EuZW 2006, 69 (70); v. Oettingen/Rabenschlag (Fn. 806), 375ff.; D. Schiek, Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold, AuR 2006, 145 (149).

⁸¹⁰ BVerfGE 126, 286 (304ff.) – Honeywell; a. A. L. Gerken/V. Rieble/G. Roth/T. Stein/R. Streinz, »Mangold« als ausbrechender Rechtsakt, 2009.

⁸¹¹ Dazu kritisch Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz (Fn. 806), 17ff.; befürwortend dagegen T. Polloczek, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts, 2008, 166. In der nachfolgenden Entscheidung EuGH Rs. C-411/05, Slg. 2007, I-8531 – *Palacios (GK)* erwähnte der EuGH das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nicht mehr; dazu F. Temming, Der Fall Palacios: Kehrtwende im Recht der Altersdiskriminierung?, NZA 2008, 1193 (1196f.). In EuGH Rs. C-427/06, Slg. 2008, I-7245 – *Bartsch (GK)* und Rs. C-388/07, Slg. 2009, I-1569 – *Age Concern England* verwies der Gerichtshof hingegen wieder darauf, stütze seine Entscheidung jedoch allein auf die Bestimmungen der Richtlinie. Dazu J.-H. Bauer/C. Arnold, Verbot der Altersdiskriminierung – Die Bartsch-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, NJW 2008, 3377. In EuGH Rs. C-297/10 u. C-298/10, 8. 9. 2011, Rn. 46 – *Hennigs/Mai* hat der Gerichtshof nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ausdrücklich die primärrechtliche Verankerung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in Art. 21 GRC betont, welches durch die RL 2000/78 konkretisiert worden sei.

⁸¹² EuGH Rs. C-555/07, Slg. 2010, I-365 – *Küçükdeveci (GK)*, der § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB für mit dem Verbot der Altersdiskriminierung nicht vereinbar hält. Zu den Schlussanträgen R. Repasi, Die Reichweite des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Richtlinienumsetzung, EuZW 2009, 756; zum Urteil Anm. J. M. Schubert, EuZW 2010, 180; O. Mörsdorf, Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer – Unanwendbarkeit von § 622 II 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht, NJW 2010, 1046; U. Preis/F. Temming, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 185; U. Wackerbarth/B. Kreße, Das Verwerfungsmonopol des BVerfG – Überlegungen nach der Küçükdeveci-Entscheidung des EuGH, EuZW 2010, 252. Siehe auch EuGH Rs. C-341/08, Slg. 2010, I-1 – *Petersen (GK)*: Altersgrenze für Vertragszahnärzte, und EuGH Rs. C-229/08, Slg. 2010, I-1 – *Wolf (GK)*: Höchstaltersgrenze für Einstellung in den feuerwehrtechnischen Dienst, mit Anmerkung M. Röbke, EuZW 2010, 145; zur Zulässigkeit einer nationalen Regelung, die eine zwinbeitsverhältnisses ab dem 65. Lebensjahr EuGH Rs. C-250/09 u. C-268/09, Slg. 2010 I-11869 – *Georgiev*; ähnlich für eine Altersgrenze für Beamte auf Lebenszeit mit Vollendung des 65. Lebensjahres EuGH Rs. C-159/10 u. C-160/10, 21. 7. 2011 – *Fuchs/Köhler*. Ferner EuGH Rs. C-45/09, Slg. 2010, I-9391 – *Rosenblatt (GK)* zur Vereinbarkeit der automatischen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des tariflichen Rentenalters mit RL 2000/78. Dagegen nicht unionsrechtskonform: EuGH Rs. C-499/08, Slg. 2010 I-09343 – *Andersen (GK)* (Altersdiskriminierung durch Versagung einer Entlassungsabfindung bei Anspruch auf Altersrente); verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10, 8. 9. 2011

immer frei von Widersprüchen,⁸¹³ aber bestimmte Leitlinien lassen sich erkennen. Bei der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Alters kommt sowohl den Mitgliedstaaten als auch den Sozialpartnern im Rahmen von Art. 6 RL 2000/78 ein weiter Ermessensspielraum zu.⁸¹⁴ Soweit Letztere handeln, müssen sie bei der Ausübung ihres Rechts auf Kollektivverhandlungen gemäß Art. 28 GrC das Antidiskriminierungsrecht der Union allerdings ebenso beachten wie die Staaten selbst. Auch wenn grundsätzlich ein weites Ermessen besteht, prüft der EuGH, ob ein legitimes Ziel i. S. des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 verfolgt wird und die konkreten Maßnahmen angemessen und erforderlich sind. Gefestigt erscheint, dass der EuGH eine Ausnahme von dem Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 nur zur Verfolgung sozialpolitischer Ziele anerkennt; er folgt damit dem bereits in der Rs. *Age Concern England* entwickelten Gedanken, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Alters nicht durch unternehmerische Ziele gerechtfertigt werden könne.⁸¹⁵ Zu den sozialpolitischen Zielen zählt er insbesondere die Herstellung einer ausgewogenen Altersstruktur und die Förderung der Einstellung jüngerer Menschen, so dass auch starre Altersgrenzen für das Ende der Berufstätigkeit regelmäßig gerechtfertigt sein können.⁸¹⁶ Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nimmt er neben der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Einzelmaßnahmen auch die Gesamtregelung in den Blick. Im Falle des Fehlens einer inneren Kohärenz der einschlägigen Regelungen stellt er wegen innerer Widersprüche und Begründungsdefiziten regelmäßig eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung fest.⁸¹⁷

– *Hennigs/Mai* (Altersdiskriminierung durch Grundvergütung nach Lebensaltersstufen im BAT) sowie Rs. C-447/09, 13. 9. 2011 – *Prigge u. a.* (GK) (tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten altersdiskriminierend). Für eine Übertragbarkeit der Entwicklungen in der Rspr. des EuGH auf individualvertragliche altersbezogene Regelungen *F. Bayreuther*, Altersgrenzen, Altersgruppenbildung und der Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer aus Sozialplänen – Konsequenzen der Urteile des EuGH in Sachen *Rosenblatt*, *Andersen*, *Georgiev* und *Kleist*, NJW 2011, 19 (21).

⁸¹³ Vgl. *U. Preis*, Schlangenlinien in der Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung, NZA 2010, 1323.

⁸¹⁴ So z.B. EuGH Rs. 411/05, Slg. 2007, I-8531, Rn. 68 – *Palacios* (GK); Rs. C-45/09, Slg. 2010, I-9391, Rn. 41 – *Rosenblatt* (GK); verb. Rs. C-250/09 u. C-268/09, Slg. 2010 I-11869 – *Georgiev*; verb. Rs. C-159/10 u. C-160/10, 21. 7. 2011, Rn. 61 f. – *Fuchs/Köhler*; verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10, 8. 9. 2011, Rn. 65 f. – *Hennigs/Mai*. In EuGH Rs. C-447/09, 13. 9. 2011, Rn. 52 ff., 65 ff. – *Prigge u. a.* (GK) legt der EuGH demgegenüber einen strengeren Prüfungsmaßstab an, da er eine Rechtfertigung anhand von Art. 2 Abs. 5 und Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78 prüft.

⁸¹⁵ So ausdrücklich EuGH Rs. C-447/09, 13. 9. 2011, Rn. 79 ff. – *Prigge u. a.* (GK); a. A. *J.-H. Bauer/A. v. Medem* zu EuGH Rs. C-45/09, Slg. 2010, I-9391 – *Rosenblatt* (GK), nach deren Verständnis auch genuine Arbeitgeberinteressen als Rechtfertigungsgrund Berücksichtigung finden können.

⁸¹⁶ EuGH Rs. C-341/08, Slg. 2010, I-1, Rn. 68 – *Petersen* (GK); Rs. C-45/09, Slg. 2010, I-9391, Rn. 44 f. – *Rosenblatt* (GK); Rs. C-250/09 u. C-268/09, Slg. 2010 I-11869, Rn. 45 f. – *Georgiev*; Rs. C-159/10 u. C-160/10, 21. 7. 2011, Rn. 50 – *Fuchs/Köhler*.

⁸¹⁷ Dazu die Übersicht bei *Preis* (Fn. 813), 1327. Siehe auch EuGH Rs. C-141/11, 5. 7. 2012, Rn. 28 ff. – *Hörnfeldt* und *F. Bayreuther*, Altersgrenzen, Kündigungsschutz nach Erreichen der Altersgrenze und die Befristung von »Altersrentnern«. Eine Skizze im Lichte der Hörnfeldt-Entscheidung des EuGH, NJW 2012, 2758.

e) Genetische Merkmale

- 214 In Art. 11 der sog. **Biomedizin-Konvention des Europarates (1997)**⁸¹⁸ wurde ein neues, verdächtiges Differenzierungskriterium vertraglich verankert, das die Kriterien des Art. 14 EMRK ergänzt und im Gleichklang mit der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 14 EMRK ausgelegt und angewendet werden soll.⁸¹⁹ Das Verbot der Diskriminierung wegen genetischer Merkmale⁸²⁰ ist eine Antwort auf die Möglichkeiten in der modernen Biomedizin, das menschliche Genom zu entschlüsseln und so Hinweise auf mögliche Erbkrankheiten oder den Ausbruch schwerer Krankheiten im Alter zu erhalten. Es richtet sich vorrangig gegen die Diskriminierung auf der Grundlage von Gentests.⁸²¹ Mit diesem neuen Differenzierungskriterium soll der Gefahr begegnet werden, dass Menschen wegen ihrer genetischen Prädisposition – z.B. von Arbeitgebern oder Versicherungsgesellschaften – benachteiligt werden.⁸²² In einer Entscheidung, in der es um die Ungleichbehandlung von an einer jeweils genetisch bedingten Blutkrankheit (Thalassämie und Hämophilie) leidenden Menschen ging, hat der EGMR unter Verweis auf Art. 21 Abs. 1 GRC (→ Rn. 216) erstmals festgehalten, dass »genetische Merkmale« zu den von Art. 14 EMRK erfassten Differenzierungskriterien gehören.⁸²³ Die besondere Bedeutung genetischer Merkmale für die Identität des Menschen spricht dafür, im Rahmen der Rechtfertigung besonders gewichtige Gründe zu verlangen (→ Rn. 225). Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung in diese Richtung entwickeln wird.

⁸¹⁸ Convention on Human Rights and Biomedicine v. 4. 4. 1997 (in Kraft seit 1. 12. 1999). Artikel 11 lautet: »Any form of discrimination against a person on grounds of his or her genetic heritage is prohibited«.

⁸¹⁹ Vgl. Expl. Rep., Rn. 66f.; A. Hendriks, Protection against genetic discrimination and the Biomedicine Convention, in: J. K. M. Gevers/E. H. Hondius/J. H. Hubben (Hrsg.), Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention, 2005, 215; M. Albers, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention des Europarats, EuR 2002, 801 (815f.); W. C. Radau, Die Biomedizinkonvention des Europarats, 2006, 182.

⁸²⁰ Zu den Besonderheiten der genetischen Diskriminierung und zur Rechtfertigung eines Diskriminierungsverbots D. Hellman, What makes genetic discrimination exceptional?, AJLM 29 (2003), 77. Zum Konzept und möglichen Kategorien der genetischen Diskriminierung M. J. Taylor, Problems of practice and principle if centring law reform on the concept of genetic discrimination, EJHL 11 (2004), 365 (369ff.). Für einen Überblick über die Ergebnisse empirischer Studien zur genetischen Diskriminierung vgl. T. Lemke, Genetische Diskriminierung: Empirische Befunde und konzeptionelle Probleme, in: U. Hormel/A. Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, 325.

⁸²¹ D. Kugelmann, in: HGR, § 160 Rn. 62. Zur Problematik der Unterscheidbarkeit und Unterscheidung von genetischen und nicht-genetischen Tests bzw. genetischen und nicht-genetischen Krankheiten J. S. Alper/J. Beckwith, Distinguishing Genetic from Nongenetic Medical Tests: Some Implications for Antidiscrimination Legislation, SEE 4 (1998), 141; siehe auch T. Lemke, Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion, GSP 2005, 22 (32f.); ders., Polizei der Gene – Formen und Felder genetischer Diskriminierung, 2006, 75f.

⁸²² Expl. Rep. zur Biomedizin-Konvention, Rn. 71ff. Kritik zum Schutzzumfang des Art. 11 Biomedizin-Konvention Hendriks (Fn. 819) 216ff.; vgl. zum Schutzzumfang im Hinblick auf die Berücksichtigung von Informationen aus früheren Gentests durch Arbeit- und Versicherungsgeber Radau (Fn. 819), 181ff., und zu den Gefahren T. M. Spranger, Prädiktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen, VersR 2000, 815; J. Davey, Future Imperfect: Human Genetics and Insurance, Journal of Business Law 44 (2000), 587.

⁸²³ EGMR No. 43134/05, §§ 126f. – G. N. u. a. v. Italien (2009). Allerdings ist zweifelhaft, ob die Ungleichbehandlung bei der Möglichkeit, für die Verabreichung HIV-infizierter Blutkonserven eine Entschädigung zu erhalten, tatsächlich an genetische Merkmale anknüpfte.

In **Deutschland**, das die Biomedizin-Konvention bisher nicht unterzeichnet hat, fällt eine Diskriminierung wegen genetischer Merkmale lediglich unter Art. 3 Abs. 1 GG. Da genetische Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten verpönten Kriterien nahekommen, ist eine Ungleichbehandlung nach der neuen Formel aber zumindest einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen (→ Rn. 240). Das BVerfG hat sich mit dieser Frage bisher noch nicht befasst. Es ist angesichts der biomedizinischen Entwicklung aber davon auszugehen, dass dieses Merkmal zukünftig eine größere Rolle in Schrifttum und Rechtsprechung spielen wird.⁸²⁴ 215

In Anlehnung an Art. 11 der Biomedizin-Konvention ist im **Unionsrecht** in Art. 21 Abs. 1 GRC das Differenzierungskriterium der genetischen Merkmale erstmals ausdrücklich in den Kriterienkatalog aufgenommen worden.⁸²⁵ Auch diese Vorschrift zielt darauf ab, Diskriminierungen durch Gentests zu verhindern.⁸²⁶ Da das Merkmal in Art. 13 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 19 Abs. 1 AEUV), der bereits 1997 mit dem Vertrag von Amsterdam eingefügt wurde und den Rat zu Antidiskriminierungsmaßnahmen ermächtigt, noch fehlt, ist es von den bisher erlassenen Antidiskriminierungsrichtlinien ebenfalls nicht erfasst. Seitdem die GRC rechtsverbindlich ist, wird dieses Merkmal wohl auch im Unionsrecht an Bedeutung gewinnen. 216

F. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

I. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach der EMRK

1. Allgemeines

Eine unterschiedliche Behandlung (Differenzierung/»distinction«) ist dann eine Diskriminierung, wenn eine **objektive und vernünftige Rechtfertigung** (»objective and reasonable justification«) fehlt, das heißt, wenn (1) die Differenzierung kein **legitimes Ziel** verfolgt oder (2) **zwischen diesem Ziel und der Differenzierung kein angemessenes Verhältnis** besteht.⁸²⁷ Die beiden Voraussetzungen müssen also **kumulativ** erfüllt sein um eine Differenzierung (»distinction«) zu rechtfertigen. Allerdings prüft der 217

⁸²⁴ Im Gendiagnostikgesetz v. 31. 7. 2009, BGBl. 2009 I 2529, sind nunmehr in §§ 4 u. 21 Benachteiligungsverbote festgeschrieben worden. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist auf prädiktive genetische Untersuchungen beschränkt (vgl. § 2), OLG Saarbrücken 5 W 220/11, v. 20. 10. 2011, Rn. 28, VersR 2012, 557; die Benachteiligungsverbote erstrecken sich somit nicht auf andere diagnostische Tests. Zur Vereinbarkeit eines einfachgesetzlichen Verbots genetischer Diskriminierung mit Art. 3 Abs. 1 GG vgl. U. Stockter, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008, 168 ff.

⁸²⁵ Die Aufnahme dieses Kriteriums war im Konvent zunächst umstritten. Vgl. Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 3, 25 und 36; I. Voß, Schutz der Grundrechte in Medizin und Biologie durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2011, 271 f.

⁸²⁶ Hölscheidt, in: Meyer, Art. 21 Rn. 36; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 GRC Rn. 8. Zur Anwendung des Art. 21 Abs. 1 GRC auf die Verwerfung/Abtreibung von Embryonen im Rahmen der pränatalen Diagnostik und auf die Berücksichtigung von durch genetische Tests erlangten Informationen in Arbeits- und Versicherungsverhältnissen Voß (Fn. 825), 274 ff.

⁸²⁷ St.Rspr., grundlegend EGMR No. 1474/62 u. a., A 6 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)* und EKMR No. 2299/64, YB 10 (1967), 626 (682) – *Grandrath (Pl.)*. Siehe aus neuerer Zeit EGMR No. 5335/05, § 51 – *Ponomaryovi* (2011); No. 31827/02, § 59 – *Laduna* (2011); No. 5632/07, § 36 – *Bah* (2011); Nos. 14480/08 u. 47916/08, § 58 – *Tarkoev* (2011); Nos. 46286/09 u. a., § 71 – *Maggio* (2011); No. 29032/04, § 142 – *M. u. C. v. Rumänien* (2011); No. 6268/08, § 48 – *Andrle* (2011); No. 56759/08,

Gerichtshof die beiden Rechtfertigungsvoraussetzungen, vor allem die Verhältnismäßigkeit, nicht immer gründlich durch, sondern begnügt sich oft mit der Feststellung, dass eine Differenzierung einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung (»objective and reasonable justification«) bedürfe.⁸²⁸ Ähnliche Formeln sind: Die Differenzierung dürfe nicht willkürlich oder unvernünftig (»arbitrary or unreasonable«) sein;⁸²⁹ es müssen ausreichende Gründe (»sufficient reasons«) für die Differenzierung vorliegen.⁸³⁰

218 Die zweistufige Prüfung ist prinzipiell schärfer als eine bloße Willkürkontrolle.⁸³¹ Im Bereich der **Sozial- und Wirtschaftspolitik**, der erst in neuerer Zeit unter dem Gesichtspunkt möglicher Diskriminierung vom EGMR in das Blickfeld genommen wurde, beschränkt sich die Prüfung jedoch auf einen **Willkürtest**. Der Gerichtshof beanstandet Differenzierungen in diesem Bereich nicht, es sei denn sie seien offensichtlich unvernünftig (»unless manifestly unreasonable«).⁸³² Diese Formel ist geeignet, die an sich striktere Prüfung von Geschlechtsdifferenzierungen (→ Rn. 225) im Bereich der Sozialpolitik zu konterkarieren und geht einher mit einem verbreiterten staatlichen Einschätzungsspielraum in dieser Materie (→ Rn. 232).

219 Auch im Kontext des Diskriminierungsverbotes gilt der Grundsatz der dynamischen Auslegung der EMRK (→ *Regeln der Konventionsinterpretation*, Kap. 4 Rn. 35 ff.). Das heißt, dass die Rechtfertigungsstandards für eine Ungleichbehandlung **an sich wandelnde gesellschaftliche Anschauungen angepasst** werden dürfen und müssen.⁸³³ Gleichmaßen zu berücksichtigen sind **internationale Übereinkommen**,

§ 81 – *Negrepontis-Giannisis* (2011); No. 35637/03, § 78 – *Sporer* (2011); No. 34848/07, § 101 – *O'Donoghue* (2011); No. 53124/09, § 43 – *Genovese* (2011).

⁸²⁸ Siehe aus neuerer Zeit z.B. EGMR No. 7710/02, § 100 – *Grzelak* (2010); No. 46286/09 u.a., §§ 73, 75 – *Maggio* (2011).

⁸²⁹ Aus neuerer Zeit EGMR No. 37614/02, § 62 – *Ismailova* (2007).

⁸³⁰ EGMR No. 58453/00, § 33 – *Niedzwiecki* (2005); No. 59140/00, § 34 – *Okpiz* (2005).

⁸³¹ In der Rechtsprechung wurde nur in einem frühen Grundsatzurteil die Verhältnismäßigkeitsprüfung explizit mit einer (bloßen) Willkürkontrolle assoziiert (EGMR No. 1474/62 u.a., A 6, 44, 50 – *Belgischer Sprachenfall [Pl.]*). S.a. abweichendes Votum Richter *Holmbäck* u.a., ebd., 89 (90), nach dem das Fehlen der Verhältnismäßigkeit »clearly established« sein müsse. In der älteren Literatur wurde der Tatbestand der Diskriminierung manchmal mit Willkür gleichgesetzt in dem Sinne, dass nur willkürliche Unterscheidungen diskriminierend seien (so *Matscher*, in: FS Klecatsky, 627 [637]; *Partsch*, *Discrimination*, 585 [591]; *Bossuyt*, in: Pettiti/Decaux/Imbert, 476 und 481; *Wildhaber*, 80).

⁸³² EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 52 – *Stec u.a.* (GK): »the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is »manifestly without reasonable foundation«; ebenso No. 42735/02, § 35 – *Barrow* (2006) zu Sozialleistungen für arbeitsunfähige Menschen, sog. long-term incapacity benefit; No. 37212/02, § 33 – *Walker* (2006) zu Versicherungsbeiträgen; No. 37452/02, Rep. 2011, § 109 – *Stummer* (GK) zur Altersversorgung von Gefängnisinsassen.

⁸³³ So qualifizierte der EGMR im Jahr 1979 im Fall *Marckx* die Entrechtung nichtehelicher Kinder entgegen einer Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 1967 als Diskriminierung und eilte damit dem durchschnittlichen Rechtsstandard in den Konventionsstaaten voraus, vgl. EGMR No. 6833/74, A 31, §§ 41, 59 – *Marckx (Pl.)*; EKMR No. 2775/67 – *X v. Belgien* (1967); EGMR No. 8695/79, A 126, § 41 – *Inze*; No. 3545/04, § 40 – *Brauer* (2009): Der Charakter der EMRK als »living instrument« ist bei der Beurteilung der Benachteiligung nichtehelicher Kinder zu beachten und führt zu einer schweren Rechtfertigungslast; (dazu auch → Rn. 225 ff.); No. 16213/90, A 280-B, § 28 – *Burghartz* zur Geschlechtsdiskriminierung; EGMR No. 69498/01, Rep. 2004-VIII, § 62 – *Pla u. Puncernau* zur zeitgemäßen Auslegung eines Testaments; No. 29865/96, Rep. 2004-X, §§ 59–63 – *Ünal Tekeli* mit Verweis auf die europaweite Politik der Geschlechtergleichberechtigung;

die auf internationale Standards deuten.⁸³⁴ Systematisch bringt der Gerichtshof diese Erwägungen entweder als Begründung für den strikteren Rechtfertigungsstandard bei bestimmten Differenzierungsmerkmalen (→ Rn. 225 ff.), als allgemeines Argument in der Verhältnismäßigkeitsprüfung,⁸³⁵ oder als Faktor für die Erweiterung des *marge d'appréciation* (→ Rn. 231 ff.).

2. Legitimer Zweck der Unterscheidung

Die Unterscheidung muss ein legitimes Ziel (»legitimate aim«) haben; sie muss also im öffentlichen Interesse liegen. Eine Differenzierung anhand eines verdächtigen Merkmals um ihrer selbst willen ist unzulässig.⁸³⁶ Bei gewissen Differenzierungen (anhand von Geburt, Geschlecht, sexueller Orientierung, Religion, Staatsangehörigkeit, Rasse bzw. ethnischer Herkunft) werden gesteigerte Anforderungen an die Ziele gestellt, diese müssen nicht nur legitim, sondern »sehr gewichtig« sein (→ Rn. 225 ff.). Ansonsten wurde bereits der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als legitimer Zweck anerkannt.⁸³⁷ Weitere Beispiele für anerkannte legitime Ziele sind **familienbezogene Ziele**: Schutz der (traditionellen) Familie,⁸³⁸ das Kindeswohl,⁸³⁹ Rechtssicher-

220

No. 13102/02, § 98 – *Kozak* (2010) (Eintritt in Mietvertrag für homosexuellen Partner); No. 30078/06, § 140 – *Konstantin Markin* (GK) (2012) (Elternurlaub für Männer).

⁸³⁴ EGMR No. 34406/97, Rep. 2000-II, § 52 – *Mazurek*: UN-Kinderrechtskonvention in Bezug auf die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder; No. 29865/96, Rep. 2004-X, §§ 59–63 – *Ünal Tekeli*; No. 664/06, § 47 – *Losonci Rose* (2011): europäischer und internationaler Konsens zur Gleichberechtigung in der Ehenamenswahl; EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, §§ 38–41, 58 – *Stec u. a.* (GK): EU-Richtlinie zur Gleichbehandlung in der sozialen Sicherheit und Rspr. des EuGH; No. 43546/02, § 77 – *E. B. v. Frankreich* (2008): UN Kinderrechtskonvention; No. 33401/02, §§ 187 u. 200 – *Opuz* (2009): Qualifizierung von Gewalt gegen Frauen als Diskriminierung durch den CEDAW-Ausschuss; No. 31827/02, § 64–67 – *Laduna* (2011): Abkommen über Gefängnisbedingungen.

⁸³⁵ So verwies der EGMR auf einen »evolving European context« und auf die steigende Zahl unverheirateter Eltern, um eine Benachteiligung unverheirateter Väter durch das deutsche Familienrecht als Konventionsverletzung zu qualifizieren (EGMR No. 22028/04, § 60 – *Zaunegger* [2009]).

⁸³⁶ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, 70 – *Belgischer Sprachenfall* (Pl.). Vgl. auch EGMR No. 37193/07, § 45 – *Paraskeva Todorova* (2010) zur Andersbehandlung einer Roma im bulgarischen Strafprozess ohne Grund. Aus der Literatur *H. Sauer* in: Karpenstein/Mayer, Art. 14 Rn. 26.

⁸³⁷ EGMR No. 56759/08, § 67 u. 83 – *Negrepontis-Giannisis* (2011): »ordre public und bonnes moeurs«.

⁸³⁸ Trotz des legitimen Ziels war wegen Unverhältnismäßigkeit Art. 14 EMRK verletzt: EGMR No. 6833/74, A 31, §§ 40, 48 – *Marckx* (Pl.); No. 34406/97, Rep. 2000-II, § 50 – *Mazurek*; No. 10699/05, Rep. 2006-XI, § 58 – *Paulik*; No. 40016/98, §§ 40, 41 – *Karner* (2003) (Verweigerung des Übergangs eines Mietvertrages nach dem Tod eines homosexuellen Mannes auf dessen Lebensgefährten, anders noch EKMR No. 28318/95, DR 85-A, 149 [152] – *Röösli*). Legitimes Ziel und Verhältnismäßigkeit bejaht: EKMR No. 34615/97, DR 92-A – *Quintana Zapata* (betr. Witwenpension).

⁸³⁹ Beschränkung der Rechte der unverheirateten Mutter: EGMR No. 6833/74, A 31, §§ 39 f. – *Marckx* (Pl.) (jedoch unverhältnismäßig). Im Kontext der Zuerkennung des Sorgerechts: No. 12875/87, A 255-C, §§ 32, 34 – *Hoffmann* (unverhältnismäßig); No. 33290/96, Rep. 1999-IX, § 30 – *Salgueiro da Silva Mouta* (unverhältnismäßig); No. 64927/01, § 40 – *Palau-Martinez* (2003) (unverhältnismäßig); No. 37614/02, § 58 – *Ismailova* (2007). Zum Umgangsrecht: No. 30943/96, Rep. 2003-VIII, §§ 89–94 – *Şahin v. Deutschland* (GK); No. 31871/96, Rep. 2003-VIII, §§ 88–93 – *Sommerfeld* (GK) (in beiden konkreten Fällen Kindeswohl aber kein ausreichender Grund für Verweigerung des Umgangsrechts des nichtehelichen Vaters). Bezüglich des Verbotes der Adoption durch Homosexuelle: No. 36515/97, Rep. 2002-I, § 38 – *Fretté* (verhältnismäßig), No. 10699/05, § 58 – *Paulik* (2006) (unver-

heit in Bezug auf familiäre Verhältnisse,⁸⁴⁰ der Schutz der Gefühle kinderloser Frauen,⁸⁴¹ Schutz der Mutter und des nichtehelichen Kindes,⁸⁴² der Jugendschutz (Unterscheidung von zwei Altersgruppen in Bezug auf homosexuelle Handlungen),⁸⁴³ Ausgleich faktischer Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern⁸⁴⁴. Ferner wurden **sozial- und wirtschaftspolitische Ziele** anerkannt: Sprachliche Homogenität,⁸⁴⁵ Gewährleistung des Schulunterrichts in der Sprache der Region,⁸⁴⁶ angemessene (auch speziellen Bedürfnissen entsprechende) Schulbildung für jedes Kind,⁸⁴⁷ Vermeidung einer Anarchie der Gewerkschaften,⁸⁴⁸ Schutz des heimischen Arbeitsmarktes,⁸⁴⁹ Erhaltung des einheitlichen Hoferbes,⁸⁵⁰ Mieter- oder Pächterschutz,⁸⁵¹ soziale Gerechtigkeit,⁸⁵² die Verhinderung der Anhäufung von Pensionsansprüchen,⁸⁵³ Konsistenz des Pensionssystems,⁸⁵⁴ wirtschaftlicher Wohlstand des Landes,⁸⁵⁵ die Einwanderungs- bzw. Niederlassungsförderung⁸⁵⁶. Legitime **sicherheitspolitische Ziele** waren Wiederherstellung des nationalen Friedens,⁸⁵⁷ Aufrechterhaltung der Funktionsfähig-

hältnismäßig; No. 43546/02, § 76, 77 – *E.B. v. Frankreich (GK)* (2008) (unverhältnismäßig); bezüglich Einzelpersonenadoption: No. 76240/01, § 153 – *Wagner u. J. M. W.L.* (2007) (unverhältnismäßig).

⁸⁴⁰ EGMR No. 10699/05, § 58 – *Paulik* (2006); No. 35637/03 § 85 – *Sporer* (2011): Gesetzliche Zuteilung des Sorgerechts an die ledige Mutter zur Sicherstellung einer gesetzlichen Vertretung des nichtehelichen Kindes.

⁸⁴¹ Dieses Ziel konnte jedoch die Differenzierung zwischen kinderlosen Frauen und Männern nicht rechtfertigen. EGMR No. 20060/92, Rep. 1997-I, §§ 37, 44 – *Van Raalte*.

⁸⁴² EGMR No. 16424/90, A 307-B, 27, § 98 – *McMichael*.

⁸⁴³ EGMR Nos. 39392/98 u. 39829/98 Rep. 2003-I, – *L u. V v. Österreich* (2003); No. 53760/00 – *B.B. v. Vereinigtes Königreich* (2004); Nos. 69756/01 u. 6306/02 – *Woditschka u. Wilfling* (2004); No. 18297/03 – *Ladner* (2005).

⁸⁴⁴ EGMR No. 6268/08, § 60 – *Andrle* (2011); EGMR No. 30078/06, § 141 – *Markin (GK)* (2012).

⁸⁴⁵ EGMR No. 1474/62 u.a., A 6, 49 u. 86 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*.

⁸⁴⁶ Ebd., 44 und 49.

⁸⁴⁷ EGMR No. 57325/00, Rep. 2007-IV, § 198 – *D.H. u.a. v. Tschechische Republik (GK)*; No. 32526/05, § 91 – *Sampanis u.a.* (2008); EGMR No. 15766/03, Rep. 2010 – *Orsus u.a. (GK)*.

⁸⁴⁸ EGMR No. 4464/70, A 19, § 48 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)*: Verweigerung eines Anhörungsrecht für eine der Gewerkschaften gerechtfertigt.

⁸⁴⁹ EGMR No. 9214/80 u.a., A 94, §§ 21, 75, 78 – *Abdulaziz u.a. (Pl.)*.

⁸⁵⁰ Dieses prinzipiell legitime Ziel konnte aber im Fall *Inze* die Andersbehandlung des nichtehelichen Kindes nicht rechtfertigen, weil sein Ausschluss vom Erbrecht unverhältnismäßig war (EGMR No. 8695/79, A 126, § 42 – *Inze*).

⁸⁵¹ EGMR No. 12868/87, A 315-B, § 46 – *Spadea u. Scalabrino*; No. 8793/79, A 98, §§ 47–49 – *James (Pl.)*.

⁸⁵² Kürzung von Pensionen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes der früheren DDR, um deren Privilegierung gegenüber anderen DDR-Bürgern auszugleichen, ist gerechtfertigt (EGMR No. 52442/99 – *Schwengel [Zul.]* [2000]).

⁸⁵³ EGMR No. 34462/97, Rep. 2002-IV, § 50 – *Wessels-Bergervoet*.

⁸⁵⁴ EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 58 – *Stec u.a. (GK)*.

⁸⁵⁵ EGMR Nos. 55480/00 u. 59330/00, Rep. 2004-VIII, §§ 56–61 – *Sidabras u. Džiantas*; No. 55707/00, Rep. 2009, § 86 – *Andrejeva (GK)*; No. 26652/02, § 30 – *Žičkus* (2009).

⁸⁵⁶ EGMR No. 5335/05, § 13 – *Ponomaryov u.a. (Zul.)* (2007): Dieses Ziel rechtfertigte erheblich niedrigere Gebühren für Ausländer bulgarischer Abstammung für eine ständige Aufenthaltsbewilligung in Bulgarien. Es lagen nach Ansicht des EGMR überzeugende soziale Gründe vor, Personen mit einer speziellen Verbindung zu einem Land zu bevorzugen.

⁸⁵⁷ Friedensschaffung als legitimes Ziel der Beschränkung des passiven Wahlrechts zum Volkshaushaus und zur Präsidentschaft auf Angehörige der »konstituierenden Völker« von Bosnien-Herzegowina. Der dadurch bewirkte Ausschluss von Roma und Juden stellte jedoch wegen Unverhältnismäßigkeit eine Diskriminierung dar (EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, § 45 – *Sejdić u. Finci [GK]*).

keit der Wehrpflicht,⁸⁵⁸ Wahrung der militärischen Disziplin,⁸⁵⁹ die Bestätigung der Ernsthaftigkeit pazifistischer Motive,⁸⁶⁰ Terrorismusbekämpfung sowie nationale und öffentliche Sicherheit⁸⁶¹ und der »europäische ordre public«⁸⁶². Als legitimes **außenpolitisches Ziel** wurde die Vermeidung zwischenstaatlicher Konflikte anerkannt.⁸⁶³ Als legitime **justizpolitische Ziele** galten die Gefahr des Missbrauchs einer Strafbefreiung für Tötung auf Verlangen⁸⁶⁴ und die Rechtssicherheit⁸⁶⁵. Ferner wurde anerkannt die Förderung ausreichend repräsentativer politischer Strömungen⁸⁶⁶ und der Schutz von Rechten und Freiheiten Dritter⁸⁶⁷. Das Ziel des Schutzes von Frauen vor körperlichen Belastungen kritisierte der EGMR, ohne es klar als illegitim zu verwerfen.⁸⁶⁸

Nicht als legitimes Ziel anerkannt⁸⁶⁹ wurde eine besondere Fürsorge für die eigenen Staatsangehörigen,⁸⁷⁰ die Berücksichtigung der Probleme der verschiedenen Kategorien ehemaliger Militärangehöriger, eine neue Arbeitsstelle zu finden,⁸⁷¹ der Schutz der »rechtmäßigen Erben«,⁸⁷² der Schutz einer verwundbaren Gruppe durch

221

⁸⁵⁸ EKMR No. 2299/64, YB 10 (1967), 626 (682–684) – *Grandrath (Pl.)*.

⁸⁵⁹ Rechtfertigung unterschiedlicher Arreststrafen für Offiziere und niederrangige Armeeangehörige in EGMR No. 5100/71 u.a., A 22, § 72 – *Engel u.a. (Pl.)*; Rechtfertigung der Verhaftung von Mitgliedern nur bestimmter Battallione in Nos. 8805/79 u.a., A 77, § 23 – *De Jong u.a.*

⁸⁶⁰ Die Verlängerung der Zivildienstzeit im Vergleich zum Militärdienst mit dieser Zielsetzung (anstelle einer Gewissensprüfung) war gerechtfertigt (EKMR No. 17086/90, DR 72, 245 [250] – *Autio*).

⁸⁶¹ Gerechtfertigte Inanspruchnahme außerordentlicher Festnahme-, Haft- und Internierungsbefugnisse für mutmaßliche IRA-Terroristen (EGMR No. 5310/71, A 25, 85, § 230 – *Irland v. Vereinigtes Königreich (Pl.)*). Die litauische Gesetzgebung gegen ehemalige KGB-Mitarbeiter verfolgte legitime Ziele, war jedoch unverhältnismäßig (EGMR Nos. 55480/00 u. 59330/00, Rep. 2004-VIII, §§ 56–61 – *Sidabras u. Džiautas*; Nos. 70665/01 u. 74345/01 – *Rainys u. Gasparavičius* [2005]; No. 26652/02, § 30 – *Žičkus* [2009]). No. 26713/05 – *Bigaeva* (2009): Die Nichtzulassung von Nicht-EU-Bürgern zur griechischen Anwaltsprüfung und zum Anwaltsberuf verfolgte das legitime Ziel, die Wahrnehmung einer öffentlichen Funktion Staatsbürgern bzw. EU-Bürgern vorzubehalten, und war verhältnismäßig.

⁸⁶² EKMR No. 8987/80, DR 24, 192 – *X u. Y v. Italien*: Rechtfertigung der Verweigerung des Wahlrechts für Bürger mit Wohnsitz im Ausland zwecks Vermeidung möglicher Konflikte mit den Aufenthaltsstaaten.

⁸⁶³ EKMR No. 8987/80, DR 24, 192 – *X u. Y v. Italien*: Rechtfertigung der Verweigerung des Wahlrechts für Bürger mit Wohnsitz im Ausland zwecks Vermeidung möglicher Konflikte mit den Aufenthaltsstaaten.

⁸⁶⁴ EGMR No. 2346/02, Rep. 2002-III, 155, §§ 89, 74 – *Pretty*.

⁸⁶⁵ EGMR No. 22083/93, Rep. 1996-IV, §§ 48, 51 – *Stubbings*; No. 10699/05, Rep. 2006-XI, § 58 – *Paulík*; No. 3545/04, § 41 – *Brauer* (2009); No. 16574/08, § 57 – *Fabris* (2011) (GK hängig im September 2012).

⁸⁶⁶ Diese Zielsetzung rechtfertigte die Beschränkung staatlicher Parteienfinanzierung auf politische Parteien, die bei den letzten Parlamentswahlen mindestens drei Prozent der Stimmen erhalten hatten (EKMR No. 40436/98 – *New Horizons u.a.* [1998]).

⁸⁶⁷ EGMR No. 26652/02, § 30 – *Žičkus* (2009); No. 3545/04, § 41 – *Brauer* (2009).

⁸⁶⁸ EGMR No. 13580/88, A 291-B, § 27 – *Schmidt*.

⁸⁶⁹ Siehe ferner für Diskriminierung mangels eines legitimen Differenzierungsziels EGMR No. 1474/62 u.a., A 6, 70 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; No. 6833/74, A 31, § 65 – *Marckx (Pl.)*; No. 12742/87, A 222, § 64 – *Pine Valley Developments Ltd. u.a.*; No. 29515/95, Rep. 1999-I, § 31 – *Larkos*.

⁸⁷⁰ EGMR No. 17371/90, Rep. 1996-IV, §§ 45, 50 – *Gaygusuz*.

⁸⁷¹ EGMR No. 36541/97, §§ 74 f. – *Bucheð* (2003). Die persönliche Anstrengung ist nach Auffassung des EGMR ein rein subjektiver Gesichtspunkt, der nicht als Rechtfertigung dienen könne.

⁸⁷² No. 69498/01, Rep. 2004-VIII, § 38, 61 – *Pla u. Puncernau*.

erleichterten Zugang zum Sozialversicherungssystem für Bauern⁸⁷³. Weil Geschlechtsdifferenzierungen nur durch »sehr gewichtige Gründe« zu rechtfertigen sind, reicht das Ziel der Wahrung der Namensseinheit der Familie nicht aus, um Ehenamensregelungen, in denen der Name des Bräutigams bevorzugt wird, zu rechtfertigen.⁸⁷⁴

- 222 Die Legitimität staatlicher Praktikabilitätsabwägungen bzw. **fiskalischer Gründe** hängt vom Kontext ab.⁸⁷⁵ So wurde die Verweigerung von Entschädigungsansprüchen für Enteignungen im Kontext des Dritten Reichs in den neuen deutschen Bundesländern zum Schutz der Finanzen der Bundesrepublik als gerechtfertigt angesehen.⁸⁷⁶ Auch das Ziel der Verhinderung eines ökonomischen Ungleichgewichts im System der beruflichen Altersversorgung wurde vom EGMR akzeptiert.⁸⁷⁷

- 223 Mit der Frage nach dem legitimen Zweck **ähnelt** die Prüfung der Diskriminierung derjenigen der **Freiheitsrechtsprüfung**⁸⁷⁸ (→ Rn.14f.). Zwar sind im Rahmen von Art. 14 EMRK nicht nur aufgezählte Zwecke (wie in den jeweiligen Abs. 2 der Art. 8–11 EMRK) erlaubt, sondern es kann potentiell jegliches Ziel legitim sein. Jedoch sind auch bei den Freiheitsrechten die Einschränkungsgründe so offen formuliert, dass sich hier ebenfalls fast immer ein legitimes Ziel finden lässt. Im Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK wird die Beliebigkeit immerhin durch die **Darlegungslast** des beklagten Staates begrenzt (→ Rn. 25); der Gerichtshof erwägt nicht von sich aus (weitere) mögliche Re-

⁸⁷³ No. 77782/01, §§ 40, 59 – *Luczak* (2007).

⁸⁷⁴ EGMR No. 29865/96, Rep. 2004-X, § 68 – *Ünal Tekeli*. Siehe auch EGMR No. 16213/90, A 280-B, § 26 – *Burghartz*; No. 664/06, § 41 ff. – *Losonci Rose* (2011). Vgl. auch EKMR No. 8042/77, DR 12, 202 – *Hagmann-Hüsler*: Frau *Hagmann-Hüsler* durfte nicht unter ihrem Mädchennamen für ein schweizerisches Kantonsparlament kandidieren. Das legitime Ziel der Identifizierbarkeit der Familie (Prinzip der Namensseinheit) rechtfertigte nach Ansicht der Kommission die Ungleichbehandlung im Vergleich zu verheirateten Männern.

⁸⁷⁵ EGMR No. 11581/85, A 187, §§ 33, 22 – *Darby*: Die Verwaltungspraktikabilität war kein legitimes Ziel bei einer Unterscheidung zwischen Personen mit Wohnsitz auf schwedischem Staatsgebiet und solchen ohne formell registrierten inländischen Wohnsitz. Siehe auch EKMR No. 9250/81, DR 32, 175 – *X v. Niederlande (Pl.)*: Die Verweigerung der Eintragung einer verheirateten Frau ins Wahlregister unter ihrem Mädchennamen verletzte nicht Art. 3 ZP i. V.m. Art. 14 EMRK, weil das Wahlregister hauptsächlich eine Verwaltungsfunktion hat und die Bevölkerung nicht tangiert. Vgl. auch EuGH Rs. C-226/98, Slg. 2000, I-2447, Rn. 39 – *Jørgensen*: Fiskalische Gründe alleine können Geschlechtsdiskriminierung nicht rechtfertigen. Vgl. EuGH Rs. 248/95, Slg. 1997, I-4475, Rn. 60 – *SAMW Schiffahrt*, wonach »Schwierigkeiten bei der Verwaltung und Kontrolle« Ungleichbehandlungen rechtfertigen können.

⁸⁷⁶ EGMR No. 55878/00, 17 – *Weber (Zul.)* (2006). Zusätzliche Erwägung war, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht für Schäden verantwortlich sei, welche die Deutsche Demokratische Republik nicht geregelt hatte. Vgl. zur Ungeeignetheit fiskalischer Zwecke zur Rechtfertigung steuerlich unterschiedlicher Belastungen BVerfGE 122, 210, Abs. 61.

⁸⁷⁷ EGMR No. 37452/02, Rep. 2011, §§ 96–98 – *Stummer (GK)*.

⁸⁷⁸ Im ersten Leitfall forderte der EGMR noch die »Berücksichtigung der Prinzipien, die normalerweise in einer demokratischen Gesellschaft vorherrschen«. EGMR Nos. 1474/62 u.a., A 6, §§ 10, 34 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*. Diese »Schranken-Schranke« lehnte sich an die Vertragsformel »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig« der Freiheitsrechtsschranken in den jeweiligen Abs. 2 der Art. 8–11 EMRK an, wurde aber in der späteren Rechtsprechung nicht mehr verwendet. In EGMR No. 6339/05, Rep. 2007-I, § 95 – *Evans (GK)* hielt der Gerichtshof fest, dass die Gründe, aus denen eine Verletzung von Art. 8 abzulehnen waren, ebenfalls eine vernünftige und objektive Rechtfertigung im Rahmen von Art. 14 abgaben; dazu *O. Ben-Naftali/I. Canor, Evans v. United Kingdom*: App. No. 6339/05: European Court of Human Rights, April 10, 2007, AJIL 102 (2008), 128–134.

gelungsziele.⁸⁷⁹ Dennoch scheitert eine Differenzierung – außerhalb der sechs besonders kritischen Merkmale – nur selten bereits am fehlenden legitimen Ziel. Die striktere Bewertung der Legitimität der geltendgemachten Ziele könnte ein Weg sein, um die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots zu stärken.

3. Angemessene Zweck-Mittel-Relation (Verhältnismäßigkeit)

Nach dem legitimen Ziel ist die zweite Rechtfertigungsvoraussetzung, dass das eingesetzte Mittel, nämlich die differenzierende Behandlung und die darin liegende Benachteiligung,⁸⁸⁰ zum angestrebten Ziel in einem angemessenen Verhältnis steht (»reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised«).⁸⁸¹ Zwar rekurriert der Gerichtshof explizit auf das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** (»principle of proportionality«)⁸⁸² oder verlangt die Wahrung einer »fair balance«/⁸⁸³ »juste équilibre«.⁸⁸⁴ Er prüft jedoch selten die Verhältnismäßigkeit näher.⁸⁸⁵ So fehlte es in *Chassagnou* an der **Geeignetheit** einer gesetzlichen Differenzierung.⁸⁸⁶ Fälle mangelnder **Erforderlichkeit** betrafen erbrechtliche Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern,⁸⁸⁷ die Verweigerung des Eintrittsrechts in den Mietvertrag durch den überlebenden homosexuellen Lebensgefährten⁸⁸⁸ und Fristen für die Anerkennung einer Religionsgemeinschaft⁸⁸⁹. Eine Prüfung der **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne** nahm der EGMR in den litauischen KGB-Fällen vor. Er befand das auch den Privatsektor umfassende Berufsverbot für ehemalige

224

⁸⁷⁹ Vgl. EGMR No. 12742/87, A 222, § 64 – *Pine Valley Developments Ltd. u. a.*; No. 29515/95, Rep. 1999-I, § 31 – *Larkos*; No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III, § 121 – *Chassagnou* (GK).

⁸⁸⁰ EGMR No. 4464/70, A 19, § 49 – *Belgische Polizeigewerkschaft (Pl.)* stellt auf die Nachteile der Polizeigewerkschaft ab.

⁸⁸¹ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*; siehe aus neuerer Zeit EGMR No. 22028/04, § 49 – *Zaunegger* (2009).

⁸⁸² Siehe aus neuerer Zeit EGMR No. 77782/01, § 52 – *Luczak* (2007). Kritisch ist zur Zweck-Mittel-Terminologie des EGMR anzumerken, dass nicht jede Zweck-Mittel-Relation sinnvoll mit einer juristischen Verhältnismäßigkeitsprüfung bewertet werden kann (näher → Rn. 249).

⁸⁸³ EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, 44, 50 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)*. Aus neuerer Zeit EGMR No. 3976/05, § 68 – *Şerife Yiğit* (GK) (2010).

⁸⁸⁴ EGMR No. 664/06, § 39 – *Losonci Rose u. a.* (2011).

⁸⁸⁵ Z.B. in EGMR No. 64927/01, §§ 41–43 – *Palau-Martinez* (2003); No. 55707/00, Rep. 2009, §§ 87–91 – *Andrejeva* (GK); No. 3545/04, § 44 – *Brauer* (2009); No. 3976/05, §§ 83–87 – *Şerife Yiğit* (GK) (2010); No. 37452/02, Rep. 2011, §§ 99–111 – *Stummer* (GK); No. 29032/04, §§ 143–148 – *M. u. C. v. Rumänien* (2011).

⁸⁸⁶ EGMR No. 25088/94 u. a., Rep. 1999-III, §§ 92 f., 121 – *Chassagnou* (GK): Das Gesetz verpflichtete nur kleinere Grundbesitzer zur zwangsweisen Übertragung von Jagdrechten an einen öffentlich-rechtlichen Verband. Ziel der Gesetzgebung war die vernünftige Bewirtschaftung des jagdbaren Wildes und die Gewährleistung eines demokratischen Zugangs zur Jagd. Offensichtlich konnte die Befreiung von Eigentümern von Grundstücken über 20 Hektar von der Zwangsmitgliedschaft diesem Ziel nicht dienen. Siehe zur Geeignetheit auch EGMR No. 40016/98, § 41 – *Karner* (2003): »[T]he principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought.« (Hervorhebung d. Verf.).

⁸⁸⁷ EGMR No. 28369/95, Rep. 2000-X, § 39 – *Camp u. Bourimi*: Nicht erforderlich zum Schutz der Rechte der Erben.

⁸⁸⁸ EGMR No. 40016/98, § 41 – *Karner* (2003): Nicht erforderlich, um die traditionelle Familie zu schützen. Ebenso EGMR No. 13102/02, §§ 92, 99 – *Kozak* (2010).

⁸⁸⁹ EGMR No. 40825/98, § 98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a.* (2008).

KGB-Mitarbeiter trotz der Legitimität der verfolgten gesetzgeberischen Ziele nach einer umfassender Interessenabwägung für unverhältnismäßig.⁸⁹⁰ In den meisten Fällen prüft der EGMR die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Differenzierung jedoch nicht, sondern erörtert das Regelungsziel sowie die Umstände des Falles und stellt dann fest, es läge eine objektive und vernünftige Rechtfertigung vor (oder nicht).

4. Striktere Kontrolle bei sechs besonders sensiblen Differenzierungskriterien

- 225 1985 begann der EGMR bei gewissen sensiblen Kriterien eine strengere Rechtfertigungsprüfung durchzuführen. Hierzu zählen mittlerweile: (1) Geschlecht,⁸⁹¹ (2) sexuelle Orientierung,⁸⁹² (3) nichteheliche Geburt bzw. Vaterstellung,⁸⁹³ (4) nationale Herkunft (Staatsbürgerschaft)⁸⁹⁴ und der ausländerrechtliche Status⁸⁹⁵. Für die Merkmale (5) Religion (→ Rn. 226) und (6) Rasse bzw. ethnische Herkunft (→ Rn. 227) gelten wiederum Besonderheiten. Stellt der Gerichtshof eine Ungleichbehandlung aufgrund eines der vier erstgenannten »verdächtigen«⁸⁹⁶ Differenzierungskriterien fest, so verlangt er besonders schwerwiegende Rechtfertigungsgründe (meist »very weighty reasons«,⁸⁹⁷ oder auch »particularly serious reasons«,⁸⁹⁸ »particularly convincing and

⁸⁹⁰ Insbesondere EGMR No. 26652/02, §§ 31–35 – *Žičkus* (2009): Unbestimmtheit des Gesetzes, fehlender »reasonable link« zwischen den beruflichen Stellen und dem gesetzgeberischen Ziel, mangelnde Differenziertheit des Gesetzes, fehlender Nachweis der objektiven Gefährlichkeit der Betroffenen, zeitliche Verzögerung der Gesetzgebung. Siehe auch EGMR Nos. 55480/00 u. 59330/00, Rep. 2004-VIII, §§ 56–61 – *Sidabras u. Džiautas*; Nos. 70665/01 u. 74345/01, § 36 – *Rainys u. Gaspavičius* (2005).

⁸⁹¹ Erstmals in EGMR Nos. 9214/80 u. a., A 94, § 78 – *Abdulaziz u. a. (Pl.)*; seither st.Rspr., z.B. No. 14518/89, A 263, § 67 – *Schuler-Zraggen*; No. 16213/90, A 280-B, § 27 – *Burghartz*; No. 13580/88, A 291-B, § 24 – *Schmidt*; No. 20060/92, Rep. 1997-I, § 39 – *Van Raalte*; No. 20458/92, Rep. 1998-II, § 37 – *Petrovic*; No. 36042/97, Rep. 2002-X, § 39 – *Willis*; No. 29865/96, Rep. 2004-X, § 53 – *Ünal Tekeli*; Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 52 – *Stec u. a. (GK)*; No. 37212/02, § 32 – *Walker* (2006); Nos. 42949/98 u. 53134/99, § 27 – *Runkee u. White* (2007); No. 6268/08 § 49 – *Andrle* (2011); No. 30078/06, §§ 127 ff. – *Markin (GK)* (2012)

⁸⁹² Erstmals in EGMR No. 33290/96, Rep. 1999-IX, § 36 – *Salguiero da Silva Mouta*. Siehe aus neuerer Zeit z.B. EGMR No. 40016/98, § 37 – *Karner* (2003); No. 43546/02, § 91 – *E. B. v. Frankreich (GK)* (2008); No. 13102/02, § 92 – *Kozak* (2010). Bereits in den früheren Fällen No. 7525/76, A 45, § 52 – *Dudgeon (Pl.)*; Nos. 31417/96 u. 32377/96, § 82 – *Lustig-Prean u. Beckett* (1999) und Nos. 33985/96 u. 33986/96, Rep. 1999-VI, § 90 – *Smith u. Grady* verlangte der EGMR im Rahmen einer Prüfung des Art. 8 EMRK für die Rechtfertigung »particularly serious reasons«.

⁸⁹³ Seit EGMR No. 8695/79, A 126, § 41 – *Inze*; No. 34406/97, Rep. 2000-II, § 49 – *Mazurek*; No. 28369/95, Rep. 2000-X, § 38 – *Camp u. Bourimi*; No. 34045/96, § 56 – *Hoffmann* (2001); No. 30943/96, Rep. 2003-VIII, § 94 – *Şahin v. Deutschland (GK)*; No. 31871/96, Rep. 2003-VIII, § 93 – *Sommerfeld (GK)*; No. 68864/01 – *Merger u. Cros* (2004); No. 69498/01, Rep. 2004-VIII, § 61 – *Pla u. Puncernau*; No. 6638/03 – *P. M. v. Vereinigtes Königreich* (2005); No. 3545/04, § 40 – *Brauer* (2009); No. 22028/04, § 51 – *Zaunegger* (2009); No. 53124/09, § 44 – *Genovese* (2011).

⁸⁹⁴ Siehe z.B. EGMR No. 17371/90, Rep. 1996-IV, § 42 – *Gaygusuz*; No. 40892/98, § 46 – *Koua Poirrez* (2003); No. 77782/01, §§ 48, 52 – *Luczak* (2007); No. 55707/00, Rep. 2009, §§ 87 ff. – *Andrejeva (GK)*; No. 46368/06, § 46 – *Zeibek* (2009); No. 5335/05, § 52 – *Ponomaryovi* (2011).

⁸⁹⁵ EGMR No. 5632/07, § 37 – *Bah* (2011).

⁸⁹⁶ *Gerards*, 49; *Schweizer*, in: IK-EMRK, Art. 14 EMRK Rn. 67; *Altwicker*, 184. Dieser Ausdruck, der aus der US-amerikanischen Equal Protection Dogmatik stammt (»suspect classification«), wird vom EGMR selbst nicht verwendet.

⁸⁹⁷ Z.B. EGMR No. 30078/06, § 127 – *Markin (GK)* (2012) zu Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts (dies betrifft sowohl Frauen- als auch Männerdiskriminierung).

⁸⁹⁸ EGMR No. 40016/98, § 37 – *Karner* (2003) für die sexuelle Orientierung.

weighty reasons«, ⁸⁹⁹ französisch »considérations très fortes« ⁹⁰⁰ oder »des raisons particulièrement impérieuses« ⁹⁰¹). Nach dieser Terminologie scheint die Verschärfung der Kontrolle vor allem die Güte oder Hochrangigkeit des Ziels, also die erste Rechtfertigungsvoraussetzung, zu betreffen. Jedoch wirkt sich die Verschärfung auch auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung und auf den Einschätzungsspielraum aus. ⁹⁰²

Unterscheidungen anhand der Religion des Bf. wurden in einem einzigen Fall extrem streng beurteilt. ⁹⁰³ Es scheint sich jedoch ein lockerer Standard einzubürgern, in dem lediglich nach objektiven und vernünftigen Gründen bzw. der Verhältnismäßigkeit gefragt wird. ⁹⁰⁴ 226

Seit 2005 unterwirft der EGMR die Rassendiskriminierung bzw. die Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft einer strengen Rechtfertigungsprüfung, ohne jedoch die Formel der »besonders gewichtigen Gründe« zu verwenden. ⁹⁰⁵ Seit 2007 hält er fest, dass im Fall unterschiedlicher Behandlung, die allein auf der Rasse, Hautfarbe oder ethnischer Herkunft beruhe, der »Begriff der objektiven und vernünftigen Rechtfertigung [...] so strikt wie möglich ausgelegt werden« müsse. ⁹⁰⁶ Er bezeichnet die Rassendiskriminierung als »besonders zu verurteilende« oder »besonders ungeheuerliche« ⁹⁰⁷ Form der Diskriminierung ⁹⁰⁸ und rassistische Gewalt als »besonderen Angriff auf die Menschenwürde« ⁹⁰⁹. Eine Differenzierung, die ausschließlich oder in entscheidendem Maße an die ethnische Herkunft einer Person anknüpfe, sei in einer zeitgenössischen demokratischen Gesellschaft, die auf den Prinzipien des Pluralismus 227

⁸⁹⁹ Z.B. EGMR No. 43546/02, § 91 – *E.B. v. Frankreich* (2008); No. 37060/06, § 54 – *J.M. v. Vereinigtes Königreich (GK)* (2010) zu Unterscheidungen aufgrund der sexuellen Orientierung.

⁹⁰⁰ EGMR No. 29137/06, § 39 – *Si Amer* (2009); No. 40083/07, § 37 – *Saidoun* (2010) (Staatsangehörigkeit); No. 664/06, §§ 41, 47 – *Losonci Rose u. a.* (2011) (Geschlecht).

⁹⁰¹ EGMR No. 45413/07, § 37 – *Anakomba Yula* (2009) zu einer Unterscheidung anhand des Aufenthaltsstatus (legal oder illegal) wegen der weitreichenden Auswirkungen auf das Familienleben im konkreten Fall.

⁹⁰² EGMR No. 13102/02, §§ 92, 99 – *Kozak* (2010). *Altwickler*, 180.

⁹⁰³ EGMR No. 12875/87, A 255-C, § 36 – *Hoffmann*: »Notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable. The Court therefore cannot find that a reasonable relationship of proportionality existed between the means employed and the aim pursued; there has accordingly been a violation of Article 8 taken in conjunction with Article 14«. (Hervorhebung d. Verf.).

⁹⁰⁴ EGMR No. 64927/01, §§ 39, 41 – *Palau-Martinez* (2003); No. 37614/02, § 62 – *Ismailova* (2007); No. 40825/98, § 99 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a.* (2008); No. 42967/98, § 49 – *Löffelmann* (2009); No. 7798/08, § 85f. – *Savez Crkava »Riječ života«* (2010).

⁹⁰⁵ Das erste Urteil mit verschärfter Prüfung war EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 145 ff. – *Nachova u. a.* (GK) ohne spezielle Rechtfertigungsformel.

⁹⁰⁶ EGMR No. 57325, Rep. 2007-IV, § 196 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik (GK)*; No. 32526/05, § 84 – *Sampanis u. a.* (2008): »Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.« Siehe auch EGMR No. 15766/03, Rep. 2010, § 157 – *Oršuš u. a.* (GK): Wenn eine Maßnahme speziell oder sogar ausschließlich Mitglieder einer bestimmten ethnischen Gruppe betrifft, müssen »geeignete Schutzmaßnahmen« getroffen werden, um Diskriminierung zu vermeiden.

⁹⁰⁷ EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, § 43 – *Sejdić u. Finci (GK)*: »particularly egregious«.

⁹⁰⁸ EGMR No. 32526/05, § 69 – *Sampanis* (2008).

⁹⁰⁹ EGMR Nos. 43577/98 u. 43579/98, Rep. 2005-VII, § 145 – *Nachova u. a.* (GK); No. 44803/04, § 61 – *Petropoulou-Tsakiris* (2007).

und der Achtung verschiedener Kulturen aufbaue, **nicht rechtfertigbar**.⁹¹⁰ Diese mehrstufige Hierarchisierung der Differenzierungsgründe macht die Rechtsanwendung kompliziert.

5. Fazit: Gleitende Skala von Rechtfertigungsanforderungen

- 228 Die Prüfungsstrenge und damit die Rechtfertigbarkeit von Unterscheidungen hängt vom Merkmal, von der Nähe zu einer bloß sachverhaltsbezogenen Differenzierung, von den involvierten Interessen (insbes. den konnexen Freiheitsrechten) und vom Sachbereich ab. In der Rechtsprechung hat sich mittlerweile eine gleitende Skala herausgebildet, die von einem bloßen Willkürverbot (Sozial- und Wirtschaftspolitik) bis zu einem Differenzierungsverbot (Rassendiskriminierung) zu reichen scheint.⁹¹¹
- 229 Der Grund für eine striktere Kontrolle von Unterscheidungen anhand bestimmter Merkmale mag darin zu sehen sein, dass diese für das betroffene Individuum identitätsbildend und/oder unabänderlich sind, in engem Zusammenhang mit der Menschenwürde stehen und historisch besonders diskriminierungsanfällige Personengruppen betreffen.⁹¹² Der Gerichtshof hat dies bisher nur angedeutet. Er verweist erstens auf die **Unveränderlichkeit** von »innewohnenden Merkmalen wie Geschlecht, Rasse oder ethnische Herkunft«, die eine besondere Schutzbedürftigkeit auslösen.⁹¹³ Diese Erwägung müsste zu einer strengen Prüfung von Unterscheidungen aufgrund einer Behinderung oder der genetischen Prädisposition führen,⁹¹⁴ sie vermag aber eine striktere Prüfung von Altersdifferenzierungen nicht überzeugend zu rechtfertigen. Die zweite Ratio ist die **Unzumutbarkeit der Veränderung** des Merkmals. Es müsse »in jedem Einzelfall die persönliche Situation des Bf. in Bezug auf ein sensibles Kriterium genauso akzeptiert werden wie sie tatsächlich ist.«⁹¹⁵ Die Leugnung einer Beschwerde des Opfers mit dem Verweis, dass dieses ja einen der fraglichen Faktoren selber ändern könne, würde Art. 14 EMRK der Substanz entleeren.⁹¹⁶ So darf einer Bf. nicht zuge-

⁹¹⁰ EGMR Nos. 55762/00 u. 55974/00, § 58 – *Timishev* (2005); No. 32526/05, § 69 – *Sampanis* (2008). Besonders schwerwiegende Fälle der Rassendiskriminierung wurden vom Gerichtshof früher als erniedrigende Behandlung i. S. v. Art. 3 EMRK angesehen, die einer Rechtfertigung nicht zugänglich ist (→ Rn. 156 ff.).

⁹¹¹ Vgl. für eine solche gleitende Skala in der Literatur *Arnardóttir*, 121. Vgl. auch UN-Menschenrechtsausschuss, Mitteilung Nr. 1314/2004 § 8.3.–8.4. – *O'Neill u. Quinn v. Irland* (2006) für eine gleitende Prüfungsskala.

⁹¹² Ausf. zur Suche nach einer Gemeinsamkeit der in Art. 14 EMRK aufgeführten Kriterien *Sachs*, Art. 14 EMRK (Fn. 94), 364–381. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 590: Die verdächtigen Merkmale betreffen die Individualität des Menschen.

⁹¹³ EGMR No. 42184/05, § 80 – *Carson u. a.* (2008), bestätigt von der GK, Rep. 2010, § 70. Diese Begründung wird als Manifestation eines »assimilationist bias« der Gleichheitsdogmatik kritisiert. Wenn die Strenge der Gleichheitsprüfung davon abhängig gemacht wird, wie weit ein Merkmal unveränderlich ist, unterstellt dies nämlich die prinzipielle Zumutbarkeit der Anpassung, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden. *Huster*, in: Friauf/Höfling, GG, Art. 3 Rn. 96. Jedoch wird der angebliche »bias« dadurch neutralisiert, dass Differenzierungen anhand persönlicher Merkmale, deren Veränderung als unzumutbar gilt, ebenfalls streng geprüft werden.

⁹¹⁴ In diesem Sinne *Altwickler*, 187. Siehe aber EGMR No. 43134/05, § 117 – *G. N. v. Italien* (2009) mit der Standardrechtfertigungsformel zur Diskriminierung aufgrund einer Erbkrankheit.

⁹¹⁵ EGMR No. 49151/0, § 70 – *Muñoz Díaz* (2009).

⁹¹⁶ EGMR No. 49151/0, § 70 – *Muñoz Díaz* (2009); No. 55707/00, Rep. 2009, § 91 – *Andrejeva* (GK).

mutet werden, ihre Staatsangehörigkeit zu wechseln oder anstelle einer in ihrer ethnischen Gemeinschaft anerkannten traditionellen Ehezeremonie eine staatliche Trauung vorzunehmen. Die Erwägung der Unzumutbarkeit einer Änderung spricht für eine strenge Prüfung von religionsbezogenen Unterscheidungen, die der EGMR bisher einheitlich beurteilt hat.

Ferner begründete der EGMR die striktere Kontrolle in Bezug auf Geschlecht, sexuelle Orientierung und nichteheliche Geburt damit, dass die Gleichstellung der betroffenen Personengruppen in der Politik der Mitgliedstaaten des Europarates ein **wichtiges Ziel** sei.⁹¹⁷ In einigen Fällen beruft er sich zur Begründung einer strengen Prüfung außerdem darauf, dass sich ein **einheitlicher europäischer Standard** in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten herausgebildet habe⁹¹⁸ (→ Rn. 219 zur dynamischen Auslegung von Art. 14 EMRK). Umgekehrt tritt das Erfordernis schwerwiegender Rechtfertigungsgründe zurück, wenn sich noch kein einheitlicher Standard herausgebildet hat.

230

II. Der staatliche Einschätzungsspielraum (*margin of appreciation*)

Der EGMR berücksichtigt einen Einschätzungsspielraum der Konventionsstaaten im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit einer Differenzierung.⁹¹⁹ Auch insofern werden Freiheits- und Gleichheitsrechte analog geprüft.⁹²⁰ Sinn des Respekts des Einschätzungsspielraums ist hier wie dort der **Schutz der staatlichen Souveränität** vor Einmischung durch einen internationalen Spruchkörper (»vertikale« Gewaltenteilung). Die schlussendliche Beurteilung der Einhaltung des Diskriminierungsverbots obliegt allerdings dem Gerichtshof.⁹²¹ Die Weite dieses Spielraums hängt in erster Linie von den **Umständen, vom Gegenstand und vom Hintergrund des Falles** ab.⁹²² Auch die **Natur des Differenzierungsmerkmals** (»status«) beeinflusst den Einschät-

231

⁹¹⁷ So heißt es z. B. in EGMR No. 8695/79, A 126, § 41 – *Inze*: »The question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights is today given importance in the member States of the Council of Europe. Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention«.

⁹¹⁸ In Fällen, in denen es um die Strafbarkeit homosexueller Handlungen Erwachsener mit Jugendlichen ging, stellte der EGMR ausdrücklich darauf ab, »that there is an ever growing European consensus to apply equal ages of consent for heterosexual, lesbian and homosexual relations« (EGMR Nos. 39392/98 u. 39829/98, § 50 – *L u. V v. Österreich* [2003]); bestätigt in No. 45330/99, § 42 – *S. L. v. Österreich*). Siehe auch No. 34406/97, Rep. 2000-II, §§ 49–52 – *Mazurek* zum Status von Kindern aus einer ehewidrigen Beziehung (adulterine children). Parallel zur erhöhten Begründungsanforderung verengt sich der den Mitgliedstaaten grundsätzlich zugestandene Einschätzungsspielraum beträchtlich (→ Rn. 234).

⁹¹⁹ St. Rspr. seit EGMR No. 1474/62 u. a., A 6, § 10 – *Belgischer Sprachenfall (Pl.)* (noch ohne den Begriff *margin of appreciation*). S. aus neuerer Zeit z. B. No. 36042/97, Rep. 2002-IV, § 39 – *Willis*; Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, § 51 – *Stec u. a. (GK)*; No. 6213/03 – *Lederer (Zul.)* (2006); EGMR No. 55878/00, § 17 – *Weber (Zul.)* (2006).

⁹²⁰ S. zur Strukturgleichheit oben. Zum *margin of appreciation* im Kontext der Freiheitsrechte → Rn. 14.

⁹²¹ EGMR No. 44399/05, § 28 – *Weller* (2009).

⁹²² St. Rspr., aus neuerer Zeit No. 69498/01, Rep. 2004-VIII, § 46 – *Pla u. Puncernau*; No. 13444/04, §§ 83, 84 – *Glor* (2009); No. 5632/07, § 37 – *Bah* (2011). *Janneke Gerards* nennt folgende Faktoren: Europäischer Konsens, bessere Eignung der staatlichen Behörden, Charakter und Gewicht der ver-

zungsspielraum. So ist bei Unterscheidungen anhand des ausländerrechtlichen Status, der nicht innewohnend, sondern willentlich von Betroffenen beeinflussbar ist und außerdem rechtlich (vom Aufenthaltsstaat) verliehen wird, der Einschätzungsspielraum weit.⁹²³ Umgekehrt ist der Spielraum bei Berührung der besonders sensiblen Kriterien enger.⁹²⁴

- 232 Der Einschätzungsspielraum ist besonders weit in Bezug auf »allgemeine staatliche Maßnahmen der **wirtschaftlichen oder sozialen Strategie**«,⁹²⁵ weil hier Prioritäten über die Verteilung staatlicher Ressourcen gesetzt werden müssen. Wegen ihres unmittelbaren Wissens über die Gesellschaft und ihre Bedürfnisse können die nationalen Behörden im Prinzip besser als der internationale Richter würdigen, was aus sozialen oder wirtschaftlichen Gründen im öffentlichen Interesse liegt, und der Gerichtshof wird die politische Entscheidung des Gesetzgebers akzeptieren, solange sie nicht »offensichtlich ohne vernünftige Begründung« ist.⁹²⁶ Dieser sachbereichstypisch weite Einschätzungsspielraum kann der strikteren Kontrolle bestimmter Differenzierungsgründe entgegenlaufen. In einigen Fällen ließ der Gerichtshof den weiten Einschätzungsspielraum im Feld der Sozialleistungen bestehen, obwohl die Geschlechtsdiskriminierung prinzipiell einer strengeren Rechtfertigungsprüfung unterzogen werden sollte, und verneinte Konventionsverletzungen in diesem Bereich.⁹²⁷ In neueren Entscheidungen ließ er demgegenüber die besonders sensiblen Merkmale »durchschlagen«, was zu einer Verminderung des (normalerweise in diesem Feld zu gewährenden weiten) Spielraums führte. So stellte er Konventionsverletzungen in Bezug auf Schulgebühren für Ausländer;⁹²⁸ Bemessung des Kindesunterhalts für Homosexuelle⁹²⁹ und

folgten Ziele, Kontext der kritisierten Massnahme, Bedeutung des betroffenen Rechts, Charakter der Verletzung (*Gerards*, 39–48 m.w.N.).

⁹²³ EGMR No. 5632/07, § 47 – *Bah*.

⁹²⁴ EGMR No. 13102/02, §§ 92, 99 – *Kozak* (2010) (zur sexuellen Orientierung).

⁹²⁵ EGMR No. 23800/06, § 14 – *Shelley (Zul.)* (2008): Die Nichtversorgung von Gefangenen mit Spritzennadeln (abweichend von der Versorgung der Allgemeinheit) war vom Einschätzungsspielraum des VK gedeckt. Art. 14 i.V.m. 8 EMRK war nicht verletzt. In diesem Sinne auch EGMR No. 37212/02, §§ 33, 38 – *Walker* (2006) zu Beiträgen in die staatliche Rentenversicherung; No. 55707/00, Rep. 2009, § 83 – *Andrejeva (GK)* zu Rentenleistungen für ehemalige Bürger der UdSSR in Lettland. Siehe auch EGMR No. 42184/05, Rep. 2010, § 62 – *Carson (GK)* (in Bezug auf den Abschluss von Sozialversicherungsabkommen mit Drittstaaten); No. 3976/05, § 72 – *Şerife Yiğit (GK)* (2010) (Witwengeld); No. 46286/09 u. a., § 71 – *Maggio* (2010) (Altersversorgung).

⁹²⁶ EGMR Nos. 14480/08 u. 47916/08 § 58 – *Tarkoev* (2011); No. 6268/08 § 50 – *Andrle* (2011), beide zur Alterspension. Grundlegend EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, §§ 52, 65 f. – *Stec u. a.* Hier ging es um eine steuerfinanzierte englische Rentenleistung nach Arbeitsunfällen (»reduced earnings allowance«) als Ausgleich für die verminderte Erwerbsfähigkeit auf der Grundlage des Sozialversicherungsgesetzes sowie die Altersrente (»retirement allowance«). Das unterschiedliche Rentenalter für Männer und Frauen verletzte nicht Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP, weil die Entscheidungen über die allmähliche Reform des Systems »eindeutig« im weiten Einschätzungsspielraum des Staates lagen und nicht derart »offensichtlich unvernünftig« waren, als dass sie den hier besonders weiten Spielraum überschritten hätte.

⁹²⁷ EGMR Nos. 65731/01 u. 65900/01, Rep. 2006-VI, (GK) § 52 – *Stec u. a.*; No. 8374/03, § 24 – *Pearson* (2006); No. 42735/02, §§ 34 f., 38 – *Barrow* (2006); No. 23960/02, § 33 – *Zeman* (2006). Siehe auch EGMR No. 77782/01, §§ 48, 52 – *Luczak* (2007) (zum Differenzierungsmerkmal der Staatsangehörigkeit).

⁹²⁸ EGMR No. 5335/05, § 52 – *Pononyari* (2011).

⁹²⁹ EGMR No. 37060/06, § 54 – *J.M. v. Vereinigtes Königreich* (2010).

Elternurlaub für Väter⁹³⁰ fest. Im Gesamtergebnis ist somit die Kontrolldichte im Bereich der Sozialpolitik unklar.

Auch in traditionellen Kernbereichen der Staatlichkeit wie **Strafpolitik**⁹³¹ und **Be-** 233
steuerung⁹³² wird ein großer Spielraum gewährt. Ferner ist der Spielraum im **Bildungs-**
wesen weit,⁹³³ nicht aber wenn es um den Zugang zur Bildung für Angehörige ethni-
scher Minderheiten⁹³⁴ oder Ausländer⁹³⁵ geht. Weil des Weiteren im Fall des Vorwurfs
von **passiver Diskriminierung** die positiven Handlungspflichten des Staates stark kon-
kretisierungsbedürftig sind, muss den Staaten ein weiter Einschätzungsspielraum hin-
sichtlich des »Ob« und des »Wie« der staatlichen Maßnahmen zugestanden werden.⁹³⁶

Schließlich ist der Einschätzungsspielraum weit, wenn die Rechtsfrage ethische Im- 234
plikationen hat und ein diesbezüglicher **gemeinsamer moralischer und rechtlicher**
Standard in den Konventionsstaaten fehlt, beispielsweise bei der Vaterschaftsanfechtung,⁹³⁷
beim bezahlten Erziehungsurlaub⁹³⁸ und der Regulierung der Pflichtarbeit in
Gefängnissen⁹³⁹. Umgekehrt ist der Spielraum enger, wenn das Recht der Mitgliedstaaten
in einer derartigen Frage bereits einen gemeinsamen Standard (»common ground«)
ausgebildet hat. Die europäische gemeinsame Basis manifestiert sich in völkerrechtlichen
Abkommen zum Thema, wobei unerheblich ist, ob der beklagte Staat diese ratifiziert
hat oder nicht.⁹⁴⁰ Einen solchen europäischen Konsens sieht der Gerichtshof
im Nichteheleichenrecht,⁹⁴¹ in Bezug auf das Schutzalter für Mädchen und Jungen für
heterosexuelle und homosexuelle Kontakte zu Erwachsenen,⁹⁴² bei der Geschlechter-
gleichberechtigung im Namensrecht⁹⁴³. Die Rechtsprechung hat sich hier dynamisch

⁹³⁰ EGMR No.30078/06 – *Markin (GK)* (2012).

⁹³¹ EGMR No.31827/02, § 59 – *Laduna* (2011).

⁹³² Vgl. bereits EKMR No.511/59, YB 3 (1960), 394 (424) – *Gudmundsson*. Hier monierte der Bf. die differenzierende Besteuerung von unterschiedlichen Unternehmenstypen. Die Kommission hielt die Beschwerde für offensichtlich unbegründet, letztlich wegen der typisch großen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Steuerwesen.

⁹³³ EGMR No.35504/03, Rep.2006-VIII, § 8 – *Konrad u. a. (Zul.)*: »margin of interpretation in setting up and interpreting rules for their education systems«; EGMR No.57325/00, Rep.2007-IV, § 207 – *D. H. u. a. v. Tschechische Republik (GK)*; Nos.25851/09, 29284/09 u. 64090/09, §§ 49–58 – *Tarantino u. a. (2013)*.

⁹³⁴ EGMR No.32526/05, § 72 – *Sampanis u. a. (2008)*.

⁹³⁵ EGMR No.5335/05, § 58 – *Ponomaryovi (2011)*.

⁹³⁶ *Altwickler*, 384f.; in diesem Sinne auch *Arnardóttir*, 117.

⁹³⁷ EGMR No.8777/79, A 87, §§ 40f. – *Rasmussen*: Anfechtung der Vaterschaft eines in der Ehe geborenen Kindes durch den Vater nur innerhalb bestimmter Fristen: Diskriminierung gegenüber der Mutter verneint.

⁹³⁸ EGMR No.20458/92, Rep.1998-II, §§ 38–42 – *Petrovic*: Bezahlter Erziehungsurlaub nur für Mütter: Diskriminierung der Väter verneint.

⁹³⁹ EGMR No.37452/02, Rep.2011, §§ 104–107 – *Stummer (GK)*.

⁹⁴⁰ EGMR No.53124/09, § 44 – *Genovese (2011)*.

⁹⁴¹ EGMR No.6833/74, A 31, § 41 – *Marckx (Pl.)*; No.53124/09, § 44 – *Genovese (2012)*.

⁹⁴² EGMR Nos.39392/98 u. 39829/98, § 49 – *L. u. V. v. Österreich (2003)*. Hier wurde der »common ground« ausdrücklich als Faktor der Weite des Einschätzungsspielraums genannt. Siehe auch die Entscheidungen in → Fn. 918. Der Gerichtshof verwies auf *L. u. V.* in EGMR No.53760/00, § 25 – *B. B. v. Vereinigtes Königreich (2004)*; Nos. 69756/01 u. 6306/02, §§ 26ff. – *Woditschka u. Wilfling (2004)*; No.18297/03, §§ 22ff. – *Ladner (2005)*. In allen Entscheiden ging es um ein gesetzliches Schutzalter für männliche homosexuelle Kontakte, das höher lag als für heterosexuelle oder lesbische sexuelle Kontakte von Jugendlichen zu Erwachsenen.

⁹⁴³ EGMR No.664/06, §§ 40, 47 – *Losonci Rose u. a. (2011)*.

entwickelt und mit der Herausbildung internationaler Standards den Einschätzungsspielraum verengt. So sieht der EGMR zunehmend »common ground« bei der Zuteilung des Sorgerechts für Kinder.⁹⁴⁴ Er verneinte noch 2004 einen »common ground« bei der Behandlung nationaler Minderheiten⁹⁴⁵ und nahm demgegenüber 2008 eine europaweite Anerkennung einer besonderen Schutzbedürftigkeit ethnischer Minderheiten an⁹⁴⁶. Ähnlich betonte er noch 2002 zu einer Adoption durch einen homosexuellen, nicht in fester Partnerschaft lebenden Mann, dass die Auswirkungen auf das Kindeswohl wissenschaftlich umstritten seien und dass die diesbezüglichen Auffassungen in demokratischen Gesellschaften vernünftigerweise stark divergieren könnten, und räumte dementsprechend einen weiten Einschätzungsspielraum ein.⁹⁴⁷ In einem Urteil von 2008 zum Adoptionsbegehren einer in stabiler Partnerschaft lebenden Frau verwies der Gerichtshof nicht mehr auf unterschiedliche Auffassungen in Europa, ließ keinen Einschätzungsspielraum und qualifizierte die Verweigerung der Adoption als unverhältnismäßig.⁹⁴⁸

III. Die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nach dem GG

1. Allgemeines: Die prinzipielle Rechtfertigungsfähigkeit von Differenzierungen

- 235 Die frühere deutsche Lehre verneinte die Rechtfertigungsfähigkeit von Ungleichbehandlungen, vor allem im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes. Gleichheitsrechte hätten, so die verbreitete Meinung, keinen beschränkungsfähigen Schutzbereich. Das ist insofern richtig, als es keinen konkreten Lebensbereich gibt, auf den sich der allgemeine Gleichheitssatz und die speziellen Gleichheitssätze beziehen. Diese gelten vielmehr sachlich umfassend.⁹⁴⁹ Die in der deutschen Lehre postulierte **Eingriffsresistenz des Art. 3 Abs. 1 GG** bedeutete darüber hinaus nach Ansicht einiger Autoren, dass der allgemeine Gleichheitssatz keine rechtmäßigen Ungleichbehandlungen kenne. Die Grenzen trüge das Grundrecht bereits in sich: Immer dann, wenn für eine Ungleichbehandlung ein **sachlicher Grund** geltend gemacht werden könne, liege **bereits tatbestandsmäßig keine Ungleichbehandlung** im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG vor.⁹⁵⁰ Mit dieser Konstruktion wurde der Erkenntnis Rechnung getragen, dass der

⁹⁴⁴ EGMR No. 22028/04, § 60 – *Zaunegger* (2009); No. 35637/03, § 87 – *Sporer* (2011): »common point of departure« in der Mehrheit der Konventionsstaaten ist die Beachtung des Kindeswohls und die Möglichkeit einer gerichtlichen Prüfung im Konfliktfall.

⁹⁴⁵ EGMR No. 27238/95, Rep. 2001-I, §§ 93–94 – *Chapman (GK)*: Internationale Entwicklungen hätten nicht zu einem ausreichend konkreten europäischen Standard im Minderheitenschutz geführt, der eine Leitlinie für die Interessenabwägung geben könne.

⁹⁴⁶ EGMR No. 32526/05, § 73 – *Sampanis u. a.* (2008).

⁹⁴⁷ EGMR No. 36515/97, Rep. 2002-I, §§ 36, 40–42 – *Fretté*. In dieser Situation seien die nationalen Behörden, die in unmittelbarem und dauerndem Kontakt mit den Kräften der Gesellschaft stehen, besser qualifiziert als ein internationales Gericht, um die örtlichen Umstände und Bedürfnisse zu bewerten. Das Gericht hielt den Ausschluss des Adoptionsbewerbers wegen seiner Homosexualität für vereinbar mit Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK.

⁹⁴⁸ EGMR No. 43546/02, §§ 70–97 – *E. B. v. Frankreich* (2008). Das Gericht wich nicht explizit von seiner früheren Rechtsprechung ab, sondern grenzte den Fall *Fretté* sachverhaltsmäßig ab (§ 71).

⁹⁴⁹ Klar *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 66, 148. Sie werden deshalb vielfach als »modale« Grundrechte bezeichnet.

⁹⁵⁰ *G. Lübke-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 258; *Huster*, Rechte und

verfassungsrechtliche Gleichheitssatz keine abstrakte Gleichheitsforderung ist, sondern von vornherein nur ein Gebot angemessener Gleichbehandlung. Vor allem aber sollte die genannte Dogmatik die Beliebigkeit der Abwägung vermeiden. Der alternative Weg des Tatbestandsausschlusses schien aber nicht weniger wertungs Offen zu sein und überdies undifferenzierter.⁹⁵¹ Von daher ist es zu begrüßen, dass in der **neueren Lehre und Rechtsprechung** Freiheitsrechte und Gleichheitsrechte als strukturgleich anerkannt werden: Nicht jede Ungleichbehandlung ist bereits eine Verletzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung, sondern **Ungleichbehandlungen** sind (wie Eingriffe in ein Freiheitsrecht) **nach Art. 3 Abs. 1 GG prinzipiell rechtfertigungsfähig**.⁹⁵²

Auch im Anwendungsbereich von **Art. 3 Abs. 3 bzw. Abs. 2 Satz 1 GG** sind Differenzierungen anhand eines der verpönten Kriterien rechtfertigbar: **Art. 3 Abs. 3 GG** ist lediglich ein »grundsätzliches«, **kein striktes Anknüpfungsverbot**.⁹⁵³ Das heißt »Ausnahmen können, etwa auf der Grundlage einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht, gerechtfertigt sein.«⁹⁵⁴ 236

2. Legitimer Zweck der Unterscheidung/Differenzierung

Wenn auch die Rechtfertigungsanforderungen im Anwendungsbereich von **Art. 3 Abs. 1** und **Art. 3 Abs. 3 GG** im Einzelnen differenziert sind, so wird doch überall ein **legitimes Regelungsziel** verlangt. Diese Voraussetzung wird vom BVerfG und der deutschen Literatur nicht so deutlich als eigener Prüfungspunkt betont wie in der EGMR-Rechtsprechung. 237

Ziele (Fn. 207), 54; *ders.*, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, 541 (541f.). S.a. *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 15; *Somek* (Fn. 228), 444f. (m.w.N.).

⁹⁵¹ *H. H. v. Armin*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, 158: »Es bleibt kein Raum mehr für Fragen wie z.B. die, ob es sich um einen besonders krassen und eklatanten Gerechtigkeitsverstoß handelt, ob der Gerechtigkeitsverstoß zur Erreichung der angestrebten Ziele erforderlich ist oder ob es noch andere gleichfalls geeignete Mittel gibt [...]. Der Abwägungsprozeß wird auf diese Weise von vornherein zu Lasten der Gerechtigkeit abgeschnitten«.

⁹⁵² BVerfGE 88, 87 (96) – *Transsexuelle* hält zu Art. 3 Abs. 1 GG fest, dass »der Grundsatz, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie *ungerechtfertigte* Verschiedenbehandlungen von Personen verhindern soll« (Hervorhebung d. Verf.). Nach ständiger Rechtsprechung gebietet Art. 3 Abs. 1 GG, »alle Menschen vor dem Gesetz« gleichzubehandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt aber das Grundrecht, wenn er eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung *rechtfertigen* können« (BVerfGE 100, 59 [92], Hervorhebung d. Verf.). Aus der Literatur zur Rechtfertigungsfähigkeit im Kontext des Art. 3 Abs. 1 GG: *Alexy* (Fn. 381), 373; *Rüfner*, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 90–97; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 100. Zu Art. 3 allgemein: *Pieroth/Schlink*, Rn. 460. Explizit für Strukturgleichheit von Gleichheits- und Freiheitsrechten *P. Martini*, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997, 298.

⁹⁵³ BVerfGE 85, 191 (207); 92, 91 (111f.); s. aus neuerer Zeit BVerfG (K) 2 BvR 2032/01, Abs. 17, NJW 2004, 50; BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, BVerfGK 2, 36. Aus der Literatur *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 250.

⁹⁵⁴ BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, BVerfGK 2, 36. Selbst nach der akademischen Mindermeinung, die Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als absolute (strikte) Differenzierungsverbote auffasst, können Unterscheidungen dennoch ausnahmsweise, allerdings *nur* aufgrund anderer Verfassungsnormen, gerechtfertigt sein (so *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots (Fn. 271), 244ff., 390ff., 493; *ders.*, in: HStR V, § 126 Rn. 129ff.).

- 238 Im Anwendungsbereich des **Art. 3 Abs. 1 GG** verletzt eine Differenzierung dann den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn das Differenzierungsziel selbst verfassungswidrig ist.⁹⁵⁵ Korrespondierend dazu darf eine Differenzierung nach den verpönten Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nie ein Selbstzweck sein.⁹⁵⁶ Und schließlich reicht »das **fiskalische Bemühen, Ausgaben zu sparen**, für sich genommen in aller Regel nicht aus, um eine differenzierende Behandlung verschiedener Personengruppen zu rechtfertigen«.⁹⁵⁷ Andererseits wird die **Verwaltungspraktikabilität** insofern als legitimes Differenzierungsziel anerkannt, als dem Gesetzgeber für die Regelung von Massenerscheinungen (Steuern, Sozialversicherung, Versorgungsrecht u.ä.) eine **Typisierungsbefugnis** zuerkannt wird.⁹⁵⁸ In der Literatur wird im Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes bei der Frage nach dem legitimen Regelungsziel zwischen **internen und externen Zwecken** (*Stefan Huster*) differenziert.⁹⁵⁹ Auf die Ungleichbehandlung aufgrund »interner« Zwecke (Bemessung der Steuerpflicht nach dem Einkommen, Verteilung von Soziallasten nach Bedürftigkeit, Bemessung der Strafe nach Ausmaß der Schuld) passt die Verhältnismäßigkeitsprüfung (→ Rn. 247f.) nicht, weil das Verhältnis z.B. von Sozialleistung und Bedürftigkeit kein Verhältnis kollidierender Rechtsgüter ist. Die Zuerkennung höherer Leistungen an Bedürftige ergibt sich vielmehr aus der Wertung des Gleichheitssatzes selbst (Ebene der Schutzbereichsdefinition).⁹⁶⁰ Anders verhält es sich nach *Huster* mit den »externen« Zwecken wie Wirtschaftslenkung, Verwaltungsvereinfachung, Ankurbelung der Baukonjunktur usw. Wenn aufgrund solcher Zwecke differenziert wird, kommt es darauf an, ob das Regelungsziel gewichtiger ist als die in Kauf genommene Ungleichbehandlung (Lösung über die Konstruktion von Eingriff und Rechtfertigung).
- 239 Im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 bzw. 2 GG sind jedenfalls **Differenzierungsziele mit verfassungsrechtlicher Fundierung** legitim. In der deutschen Dogmatik kann dies als immanente Grundrechtsschranke aus kollidierendem Verfassungsrecht konstruiert werden.⁹⁶¹ Zu den derart gerechtfertigten Differenzierungen gehören die
- ⁹⁵⁵ M. Klopfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, 62; Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 102.
- ⁹⁵⁶ Piroth/Schlink, Rn. 482; allgemein Somek (Fn. 228), 312f., 327; J. Radcliffe, Discrimination (I), in: Proceedings of the Aristotelian Society, Ergänzungsband LIV (1985), 53 (61).
- ⁹⁵⁷ BVerfGE 87, 1 (46); 116, 164 (182), 80; 122, 210 (233).
- ⁹⁵⁸ St.Rspr. seit BVerfGE 13, 21 (29); 116, 164 (183); 120, 1 (30) und BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 55, BVerfGK 13, 455. Die Wahrung der Praktikabilität ist zwar kein Selbstzweck, sondern berechtigt Differenzierungen oder Nicht-Differenzierungen und insofern ein Differenzierungsziel. Siehe explizit BVerfG (K) 2 BvR 1683/02, BVerfGK 5, 254, Abs. 31, 33: Für die Rechtfertigung von Differenzierungen, die grenzüberschreitende Sachverhalte betreffen, haben »Gründe der Einfachheit des Rechts und dessen Praktikabilität im Verwaltungsvollzug besonderes Gewicht«. Es verletzt nicht Art. 3 Abs. 1 GG wenn der Gesetzgeber den Verwaltungsaufwand zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Unterstützungsleistungen an im Ausland (Türkei) lebende Angehörige für nicht vertretbar hält. Siehe grundlegend zur Typisierungsbefugnis und den damit verbundenen Gefahren des »Generalisierungsunrechts« Britz (Fn. 228).
- ⁹⁵⁹ Grundlegend *Huster*, Rechte und Ziele (Fn. 207), 164ff.; zusammenfassend ders., JZ 1994, 541 (546, Fn. 72); ähnlich Rübner, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 92–97. Kritisch zum Ansatz Husters: Heun, in: Dreier, GG, Rn. 25–27.
- ⁹⁶⁰ *Huster*, Rechte und Ziele (Fn. 207), 413; Rübner, in: BK GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 92.
- ⁹⁶¹ Klar BVerfGE 92, 91 (112); BVerfG (K) 2 BvR 2118/01, Abs. 20, BVerfGK 2, 36: »Ausnahmen [...] auf der Grundlage einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht«. Aus der Literatur

Vorzugsbehandlung von Behinderten zwecks Kompensation der gesellschaftlichen Ausgrenzung (Art. 3 Abs. 2 Satz 3 GG),⁹⁶² die Kürzung von Fremdreten (im Gegensatz zu Anwartschaften aus der DDR) aufgrund des Verfassungsziels der deutschen Einheit⁹⁶³ sowie beamtenrechtliche Vergünstigungen für Ehepaare unter Ausschluss eingetragener Paare wegen des Verfassungsauftrages zum besonderen Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG⁹⁶⁴. Verfassungsrechtlich fundiert sind auch zahlreiche Geschlechterdifferenzierungen: Die Beschränkung der Wehrpflicht sowie der Waffendienstpflicht im Verteidigungsfall auf Männer (Art. 12a Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 GG),⁹⁶⁵ der (sehr umstrittene) »sozialstaatlich motivierte Ausgleich von Nachteilen« z. B. für Frauen (Art. 20 Abs. 1 GG),⁹⁶⁶ die Bevorzugung lediger Mütter vor den Vätern mit Blick auf das Wohl des nichtehelichen Kindes (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 5 GG)⁹⁶⁷ und vor allem die Belastung von Männern zwecks Herstellung und Durchsetzung der tatsächlichen Geschlechtergleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG)⁹⁶⁸. Demgegenüber konnte die Feuerwehrrabgabepflicht nur von Männern nicht als herkömmliche Dienstpflicht (Art. 12 Abs. 2 GG) gerechtfertigt werden.⁹⁶⁹ Insbesondere Differenzierungen anhand der politischen Anschauung werden durch gegenläufige Verfassungsnormen legitimiert:⁹⁷⁰ So das Verbot von Vereinen mit bestimmter politischer Ausrichtung wegen Art. 9 Abs. 1 GG, Parteienverbote nach Art. 21 Abs. 2 GG, die Nichteinstellung als Beamter wegen verfassungswidriger politischer Einstellung wegen Art. 33 Abs. 5 GG (Pflicht zur Verfassungstreue als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums).

Sachs, in: HStR V, § 126 Rn. 129 ff.; *Rüfner*, in: BK, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 575; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 97; *Osterloh*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 254.

⁹⁶² BVerfGE 96, 288, (302 f.); BVerfG (K) 1 BvR 91/06, Abs. 15, BVerfGK 7, 269.

⁹⁶³ BVerfGE 116, 96 (130): »[S]oweit die nach dem Fremdretenengesetz Berechtigten anders als diejenigen behandelt werden, die Anwartschaften im sozialen Sicherungssystem der Deutschen Demokratischen Republik erworben hatten, ergibt sich die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung daraus, dass die beiden deutschen Staaten eine Einheit auch auf dem Gebiet der Sozialversicherung angestrebt und vereinbart haben«.

⁹⁶⁴ BVerfG (K) 2 BvR 855/06, Abs. 22, BVerfGK 12, 169; (K) 2 BvR 1830/06, Abs. 13, BVerfGK 13, 501.

⁹⁶⁵ BVerfGE 12, 45 (52 f.) zu Art. 12 Abs. 3 GG a. F.

⁹⁶⁶ BVerfGE 74, 163 (180). Siehe zu einem »legitime[n] Ziel der Sozialpolitik« als »Rechtfertigungsfaktor« für die Beschränkung der Zahlung des kinderbezogenen Teils des Familienzuschlags an den betreuenden Elternteil BVerfG (K) 2 BvR 1476/01, Abs. 12, BVerfGK 2, 131. Kritisch zur Einschränkungslgitimation aus einem Verfassungsprinzip (namentlich dem Sozialstaatsprinzip), das erst vom Gesetzgeber ausgefüllt werden muss, *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 98; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 101; *Sachs*, in: HStR V, § 126 Rn. 134.

⁹⁶⁷ Die gesetzliche Unterstellung nichtehelicher Kinder unter das alleinige Sorgerecht der Mutter ist keine Diskriminierung des nicht verheirateten Vaters (BVerfGE 56, 363 [388 ff.]).

⁹⁶⁸ BVerfGE 85, 191 (207); BVerwG 3 C 54/01 v. 18. 7. 2002, DÖV 2003, 288 (289).

⁹⁶⁹ BVerfGE 92, 92 (111 f.).

⁹⁷⁰ Hierzu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 412.

3. Verhältnismäßigkeit

a) Differenzierte Rechtfertigungsanforderungen im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 GG

240 Im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG gilt spätestens seit 1993 die sogenannte **neue Formel**.⁹⁷¹ Nach dieser wird der Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung eine Weichenstellung zur Ermittlung der richtigen Kontrolldichte vorgeschaltet: »Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.«⁹⁷² Es existiert eine gleitende Skala der Prüfungsdichte: Je intensiver die Ungleichbehandlung, desto intensiver ist die verfassungsgerichtliche Kontrolle. Das BVerfG beurteilt die staatliche Ungleichbehandlung von Personengruppen anders als sonstige Differenzierungen, die es manchmal als sachverhaltsbezogene und manchmal als verhaltensbezogene Ungleichbehandlungen bezeichnet.⁹⁷³ Der Gesetzgeber unterliegt »bei einer Ungleichbehandlung von **Personengruppen** regelmäßig einer **strengen Bindung**«. ⁹⁷⁴ Wie streng diese Bindung ist, hängt von den »Besonderheiten des geregelten Lebens- und Sachbereichs« ab.⁹⁷⁵ Wichtig ist, ob die Ungleichbehandlung der Personengruppen an »personengebundene Merkmale« oder an einen auswechselbaren Sachverhalt anknüpft.⁹⁷⁶ Bei sachverhaltsbezogenen Ungleichbehandlungen der Gruppen ist »weder eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten noch eine bloße Willkürkontrolle ausreichend.«⁹⁷⁷ Eine strengere Prüfung erfolgt, wenn die Betroffenen nicht in der Lage sind, durch ihr Verhalten die **Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen**, nach denen unterschieden wird,⁹⁷⁸ wenn das Differenzierungskriterium **einem der Persönlichkeitsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 GG ähnelt**,⁹⁷⁹ wenn die Gefahr der Diskriminierung einer **Minderheit**

⁹⁷¹ Bereits BVerfGE 55, 72 (88), klar ab 88, 87 (96).

⁹⁷² BVerfGE 88, 87 (96), st.Rspr.; aus neuerer Zeit BVerfGE 117, 1 (30); 124, 199 (219).

⁹⁷³ BVerfGE 98, 365 (389); BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455. Vgl. bereits *Nawiasks* Differenzierung zwischen »sachlicher« und »persönlicher« Rechtsgleichheit (*H. Nawiasky*, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 [1927], 25 [36]). Gegen die Weichenstellung wird eingewendet, dass sich letztlich jede noch so sachbezogene Regelung auch personenbezogen formulieren lässt, in dem auf die Personen abgestellt wird, die ein bestimmtes sachliches Merkmal verwirklichen (*Brüning* [Fn. 185], 669; bereits *H. Triepel*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 [1927], 50 [51]). Siehe zur parallelen Kritik an der Unterscheidung zwischen personenbezogenen und sonstigen Merkmalen als »Status« im Sinne von Art. 14 EMRK oben (→ Rn. 21).

⁹⁷⁴ BVerfGE 98, 365 (389); BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455.

⁹⁷⁵ BVerfGE 89, 365 (376); BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455. BVerfGE 110, 412 (433); 122, 210 (230): Nähere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen der allgemeine Gleichheitssatz verletzt ist, lassen sich nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche und nicht abstrakt oder allgemein präzisieren.

⁹⁷⁶ BVerfGE 89, 365 (376); 124, 199 (219); BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455. Als sachverhaltsbezogen gilt etwa die Zugehörigkeit zu einer Krankenkasse.

⁹⁷⁷ BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455.

⁹⁷⁸ BVerfGE 98, 365 (389); BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455. Siehe zu dieser Begründung einer strengeren Prüfung ebenso den EGMR (→ Rn. 225).

⁹⁷⁹ BVerfGE 124, 199 (220).

besteht⁹⁸⁰ und schließlich wenn die Ungleichbehandlung den Gebrauch einer **grundrechtlichen Freiheit erschwert**⁹⁸¹. In allen diesen Situationen prüft das BVerfG, ob »für die vorgesehene Differenzierung **Gründe von solcher Art und Gewicht** bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können«. ⁹⁸² An diesem strengeren Maßstab wurde vor allem die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung von Homosexuellen und Transsexuellen gemessen, in einem neuen Urteil sogar unter Verweis auf den strengen Prüfungsstandard des EGMR.⁹⁸³ Letztlich wird also gefragt, ob im konkreten Fall Differenzierungskriterium und Differenzierungsziel in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dies ähnelt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁹⁸⁴ 241

Bei der Ungleichbehandlung von Sachverhalten bleibt es bei der Willkürkontrolle. Nach diesem Prüfungsstandard wird Art. 3 Abs. 1 GG nur durch willkürliche Ungleichbehandlungen verletzt.⁹⁸⁵ Daneben enthält Art. 3 Abs. 1 GG auch ein von einem Vergleich unabhängiges Willkürverbot, das sehr selten relevant wird.⁹⁸⁶ »Willkür« wird entweder als evidente Ungerechtigkeit definiert⁹⁸⁷ oder aber (häufiger) als evidente Unsachlichkeit⁹⁸⁸. Unsachlich ist eine Differenzierung dann, wenn sie der Sache nicht angemessen ist. So gesehen, kann man die Willkürkontrolle ebenfalls als **lockere Verhältnismäßigkeitsprüfung** qualifizieren.⁹⁸⁹

⁹⁸⁰ BVerfGE 124, 199 (220).

⁹⁸¹ BVerfGE 89, 365 (376); 98, 365 (389).

⁹⁸² BVerfGE 88, 87 (97) (1993); 98, 365 (389) (1998). S. bereits BVerfGE 74, 9, 30 (1986). Aus neuerer Zeit z.B. BVerfGE 116, 243; BVerfG (K) 1 BvR 759/05, Abs. 53, BVerfGK 13, 455; BVerfGE 124, 199 (219).

⁹⁸³ BVerfGE 124, 199 (219–220). Auch wenn mittelbar Menschen unterschiedlicher sexueller Orientierung ungleich behandelt werden (indem z.B. an das Merkmal des Familienstandes angeknüpft wird) unterliegt der Gesetzgeber »grundsätzlich einer strengeren Bindung« (BVerfG, 2 BvR 855/06, Abs. 21f., BVerfGK 12, 169). Siehe für eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung BVerfGE 116, 243 (260–265): Nur deutsche Transsexuelle beziehungsweise solche mit deutschem Personalstatut durften nach dem Transsexuellengesetz eine Namensänderung beantragen. Der gesetzliche Ausschluss von Ausländern bezweckte die uneingeschränkte Geltung des Staatsangehörigkeitsprinzips bei der Änderung des Namens oder der Geschlechtszugehörigkeit. Dies war kein ausreichend wichtiger Grund, um die schwere Beeinträchtigung der persönlichen geschlechtlichen Identität und der Intimsphäre zu rechtfertigen.

⁹⁸⁴ Siehe für eine deutliche Verhältnismäßigkeitsprüfung BVerfGE 107, 257 (273–274): Der Ausschluss der Besoldungsbegünstigung für Richter, die nicht alle laufbahnrechtlichen Voraussetzungen im alten Bundesgebiet erworben haben, ist im Hinblick auf das Ziel, nämlich die Förderung der Mobilität von Beamten, Richtern und Soldaten und die Gewinnung von qualifiziertem Personal, von erheblicher Bedeutung und gerechtfertigt. Demgegenüber BVerfG (K) 2 BvR 1894/99, Abs. 34–37: Die Voraussetzung des Abschlusses der allgemeinbildenden Schule in alten Bundesländern verletzt Art. 3 Abs. 1 GG.

⁹⁸⁵ St.Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (52); s. aus neuerer Zeit BVerfGE 123, 1 (20).

⁹⁸⁶ Siehe z.B. BVerfG (K) 2 BvR 1347/08, Abs. 7f., BVerfGK 14, 113.

⁹⁸⁷ Vgl. BVerfGE 3, 58 (135f.); 42, 64 (72).

⁹⁸⁸ BVerfGE 1, 14 (52); 17, 122 (130); 71, 39 (53); 91, 118 (123); BVerfG (K) 2 BvR 1166/03, Abs. 5; BVerfG (K) 2 BvR 2340/06, Abs. 11.

⁹⁸⁹ Deutlich BVerfGE 51, 1 (23f.) mit expliziter Prüfung der Legitimität des gesetzgeberischen Ziels sowie der Angemessenheit innerhalb der Willkürkontrolle. Aus der Literatur Kischel (Fn. 386), Rn. 22, 25.

b) Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

- 242 Im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG verhinderte die alte Konstruktion einer Tatbestands-/Schutzbereichs-Reduktion aufgrund der »Natur der Sache«, insbesondere in Bezug auf biologische und funktionale (arbeitsteilige) Geschlechtsunterschiede (→ Rn. 135) eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Auch in der neueren Literatur ist noch teilweise von zulässigen »Durchbrechungen« der Diskriminierungsverbote⁹⁹⁰ die Rede. Auch diese Sichtweise führt zu Alles-oder-Nichts-Lösungen und schneidet die Möglichkeit gewichtender, abwägender Wertung ab. Vorzugswürdig erscheint die Zulassung einer Einschränkung der Diskriminierungsverbote nach Maßgabe verfassungsimmanenter Grenzen im Rahmen einer **strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung**.⁹⁹¹ Diese wird in der Rechtsprechung zunehmend praktiziert.⁹⁹²

IV. Vergleichende Würdigung des zweistufigen Tests mit Einschätzungsspielraum

- 243 Mit der neuen und neuesten Formel zu Art. 3 Abs. 1 GG und der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG hat sich die deutsche Rechtsprechung dem Ansatz des EGMR zur Beurteilung von Diskriminierungen nach Art. 14 EMRK stark **angenähert**.⁹⁹³ Hier wie dort wird nach einem legitimen Differenzierungsziel gesucht und dieses in Beziehung zur Unterscheidung gesetzt. Hier wie dort wird letztlich ein gleitender Maßstab der Prüfungsstrenge angelegt.⁹⁹⁴ Die Abstufungen des Prüfungsstandards in Funktion der Personengebundenheit und der Unveränderlichkeit der Differenzierungsmerkmale gleichen sich (→ Rn. 229). Die Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf eine Willkürkontrolle im Bereich der Sozial- und Wirtschaftspolitik ist ebenfalls identisch (→ Rn. 218), wobei die Topoi des EGMR zur *marge d'appréciation* (→ Rn. 231 ff.) und des BVerfG zur Typisierungsbefugnis (→ Rn. 238) funktional äquivalent sind.
- 244 Nur im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 bzw. 3 GG wird die Rechtfertigungsfähigkeit möglicherweise durch einen **numerus clausus** von Zielen mit verfassungstextlicher Verankerung weiter eingeschränkt. Auf europäischer Ebene wird nicht zwi-

⁹⁹⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 379; Sachs, in: HStR V, § 126 Rn. 134.

⁹⁹¹ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 254, 274, 314; s. a. Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 164.

⁹⁹² Spätestens seit Beginn der 1990-er Jahre stellt die Rechtsprechung zur Gleichberechtigung nicht mehr auf (Un-) Vergleichbarkeit der Sachverhalte ab, sondern fragt nach der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der Geschlechter (ersichtlich erstmals BVerfGE 84, 9 [18]). Der Neuansatz im Nachtarbeitsurteil des BVerfG verlangt, dass geschlechtsdifferenzierende Regelungen »zwingend erforderlich sind« oder auf Grund einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden, arbeitet also mit einem Verhältnismäßigkeitsterminus (BVerfGE 85, 191 [207]). BVerwG 3 C 54/01 v. 18. 7. 2002, DÖV 2003, 288 (289) nimmt eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vor; s. aus neuerer Zeit BVerfGE 114, 357; BVerfG (K) 2 BvR 1870/07, BVerfGK 14, 381; kürzer auch BAG 3 AZR 613/89 v. 20. 11. 1990, BAGE 66, 264 (274). BVerfGE 96, 288 (303) betont die Notwendigkeit der freien Abwägung und Wertung.

⁹⁹³ Erstmals mit Bezugnahme auf den Prüfungsstandard des EGMR BVerfGE 124, 199 (219–220).

⁹⁹⁴ Für das GG Kischel (Fn. 386), Rn. 41–42. Nach dem GG ist das eine Ende der Skala die Willkürprüfung, das andere Ende die strenge Prüfung im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 GG.

schen »externen« und »internen« Zielen unterschieden. Es sind jedoch bisher praktisch nur Streitfälle, in denen es um »externe« Zwecke ging, gelöst worden. Dementsprechend war die Prüfung der Verhältnismäßigkeit hier aus deutscher Perspektive (auch nach der *Husterschen* Differenzierung) sinnvoll.

Im **Recht der EU** hat die Rechtsprechung differenzierte Rechtfertigungsstandards für die verschiedenen Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote entwickelt.⁹⁹⁵ Erst allmählich hat sich hier die **Verhältnismäßigkeitsprüfung** als durchgängiges Element herausgebildet. Abweichungen vom allgemeinen, ungeschriebenen Gleichbehandlungsgrundsatz (bzw. dessen Konkretisierung in Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV und Art. 20 GRC) sind zulässig, wenn sie »objektiv gerechtfertigt«⁹⁹⁶ und verhältnismäßig⁹⁹⁷ sind. Art. 18 AEUV, das sachbereichsallgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, kann aufgrund objektiver, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen, eingeschränkt werden, soweit die Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck steht.⁹⁹⁸ Abweichungen von der Gleichheit der Geschlechter im Erwerbsleben können nach st.Rspr. durch objektive Faktoren, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, gerechtfertigt werden, wenn diese einen legitimen Zweck verfolgen und geeignet und erforderlich sind.⁹⁹⁹ Für die in den Grundfreiheiten enthaltenen, staatsangehörigkeitsbezogenen Diskriminierungsverbote ist ein ungelöstes Problem, ob deren Spezialrechtfertigungsgründe abschließend sind oder ob Rückgriff auf allgemeine Rechtfertigungsprinzipien zulässig ist (»Rechtfertigungsdurchgriff«).¹⁰⁰⁰ Fraglich ist schließlich, ob auf die Gleichheitsrechte aus GRC die allgemeine Einschränkungsklausel des Art. 52 anwendbar ist.¹⁰⁰¹

Insgesamt ist eine **transnationale Konvergenz** zu verzeichnen. Sowohl der **Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof**¹⁰⁰² als auch der **UN-Menschenrechtsaus-**

⁹⁹⁵ Siehe für eine abgestufte Rechtfertigungsprüfung im Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinien nach dem Vorbild der EGMR-Rechtsprechung *E. Howard, The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law*, MJ 13 (2006), 445–470.

⁹⁹⁶ Ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung EuGH Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Rn. 67 – *Deutschland v. Rat, Bananenmarktordnung*; Rs. C-210/00, Slg. 2002, I-6453, § 71 – *Käserei Champignon Hofmeister*.

⁹⁹⁷ Mit Verhältnismäßigkeitsprüfung EuGH Rs. 245/81, Slg. 1982, 2745, Rn. 13 – *Edeka Zentrale AG*; Rs. C-476/99, Slg. 2002, I-2891, Rn. 39 – *Lommers*. S. zur Abstufung der Kontrollrechte EuG Rs. T-94/01, Slg. ÖD 2003, II-27, Rn. 51 – *Hirsch u. a.*: »In einem der Ermessensausübung unterliegenden Bereich« verletzen Unionsorgane (hier die EZB) den Gleichbehandlungsgrundsatz nur »wenn das [Unions]-Organ eine willkürliche oder im Verhältnis zum verfolgten Zweck offensichtlich unangemessene Differenzierung vornimmt.«

⁹⁹⁸ EuGH Rs. C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Rn. 36 – *D'Hoop*; Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Rn. 31 – *Garcia Avello*. S. zur mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV EuGH Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637, Rn. 27–29 – *Bickel*.

⁹⁹⁹ S. zur Benachteiligung von Männern durch Frauenquoten im öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten EuGH Rs. C-407/98, Slg. 2000, I-5539, Rn. 55 – *Abrahamsson u. Anderson v. Fogelqvist*.

¹⁰⁰⁰ Bejahend für Ausnahmefälle *Mahlmann*, in: Rudolf/Mahlmann (Fn. 116), Rn. 47.

¹⁰⁰¹ Diese fordert ein legitimes Ziel, Verhältnismäßigkeit und Wahrung des Wesensgehalts.

¹⁰⁰² Gutachten v. 19. 1. 1984 – *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, abgedr. in HRLJ 5 (1984), 161, § 56f.: Nach Verweis auf den belgischen Sprachenstreit führt der Gerichtshof aus: »[N]o discrimination exists, if the difference in treatment has a legitimate purpose and if it does not lead to situations which are contrary to justice, to reason or to the nature of things. It follows that there would be no discrimination in differences in treatment of

schuss haben den EGMR-Ansatz in ihrer Rechtsprechung übernommen.¹⁰⁰³ Der US-amerikanische Supreme Court prüft die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Equal Protection Clause zweistufig auf das staatliche Ziel und die Zweck-Mittel-Relation hin; dieser Ansatz wurde möglicherweise vom EGMR rezipiert. Unter der US-Verfassung hängt, prononcierter noch als im System der EMRK, die Prüfungsstrengte vom verwendeten Unterscheidungskriterium ab. Beispielsweise müssen sämtliche Unterscheidungen auf der Basis von Rasse (auch die umgekehrte Diskriminierung) einem strengen Test (»strict scrutiny«) genügen (→ Rn. 107).¹⁰⁰⁴ Demgegenüber wird die Geschlechtsdiskriminierung mit »intermediate scrutiny« geprüft (→ Rn. 155).¹⁰⁰⁵ Der französische Verfassungsrat prüft seit 1988 die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ähnlich zweistufig wie der EGMR: Erforderlich sind Gründe des allgemeinen Interesses und außerdem eine ausreichende Beziehung zwischen der Differenzierung und dem Gegenstand des Gesetzes.¹⁰⁰⁶

- 247 Die deutsche Literatur zur neuen Formel thematisiert die Parallelität zur europäischen und internationalen Rechtsprechung nicht. Vielmehr wird vorrangig erörtert, ob die neue Formel als **Verhältnismäßigkeitsprüfung** zu charakterisieren¹⁰⁰⁷ und ob eine solche Prüfung **dem Gleichheitssatz angemessen** sei.¹⁰⁰⁸ Hier liegen tatsächlich einige

individuals by a state when the classifications selected are based on substantial factual differences and there exists a reasonable relationship of proportionality between these differences and the aims of the legal rule under review«.

¹⁰⁰³ Der Ausschuss hält fest, »daß nicht jede Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellt, wenn sie sich auf sinnvolle und objektive Kriterien stützt und der verfolgte Zweck im Hinblick auf den Pakt rechtmäßig ist« (Allgemeine Bemerkung 18 [37] [1989], § 13). Der Ausschuss prüfte bereits eine Reihe von Individualmitteilungen nach dieser Formel, siehe z.B. Mitteil. Nr. 941/2000 § 10.4, *Young v. Australia* (2003), Nr. 1238/2004, § 7.2. – *Jongenburger-Veerman v. Niederlande* (2005); Nr. 1314/2004 § 8.3.–8.4. – *O'Neill u. Quinn v. Irland* (2006); Nr. 1316/2005, § 7.2. – *X v. Kolumbien* (2007).

¹⁰⁰⁴ Sie müssen erstens ein zwingendes öffentliches Ziel (»compelling government interest«) verfolgen und zweitens eng auf dieses Ziel hin zugeschnitten sein (»narrowly tailored«). *S. Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (216) aus dem Jahre 1944.

¹⁰⁰⁵ St.Rspr. seit 1976, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (197). Unter »intermediate scrutiny« muss eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts wichtige öffentliche Ziele verfolgen und sie muss substantiell auf die Erreichung dieser Ziele bezogen sein, insgesamt muss die Behörde eine »besonders überzeugende Rechtfertigung« vorbringen. Siehe *United States v. Virginia*, 518 U.S. 531 (533) (1996); *Tuan anh Nguyen v. Immigration and Naturalization Service*, 533 U.S. 53, 60 u.70 (2001).

¹⁰⁰⁶ Conseil Constitutionnel, Entsch. No.87–232 DC vom 7.1. 1988, § 10 – *Mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole*. Weitere Hinweise bei *O. Jouanjan*, Zur Geschichte und Aktualität des Gleichheitssatzes in Frankreich, EuGRZ 2002, 314 (316 Fn.32).

¹⁰⁰⁷ Nach BVerfGE 74, 9 (30), nach abw. Meinung von Richter *Katzenstein* bedeutet die neue Formel »die Ausdehnung verfassungsgerichtlicher Kontrolle auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes«. S. bejahend auch *G. Robbers*, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, 749 (751f.); *Huster*, Rechte und Ziele (Fn. 207), 239–244; *K. Hesse*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des BVerfGs zur Rechtsgleichheit, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens: FS Lerche, 1993, 121 (122); *Martini* (Fn. 952), insb. 297f. und 300; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Anhang Art.3 Rn. 6; *Rüfner*, in: BK GG, Art.3 Abs.1 Rn. 96–103; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art.3 Rn.27; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art.3 Rn. 103, 107f. Auf das Verhältnis von Differenzierung und Differenzierungszweck stellte bereits BVerfGE 51, 222 (235f.) ab: Die formale Wahlgleichheit lasse »nur Ausnahmen zu, die der Zweck und die Natur des Wahlverfahrens zwingend erfordern.« Das BVerfG wog das Postulat der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung gegen das Gebot des gleichen Erfolgswertes der Stimmen gegeneinander ab.

¹⁰⁰⁸ Der Grundeinwand von *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 29–31 und *passim*

Probleme. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung setzt voraus, dass Eingriffe in Gleichheitsrechte prinzipiell rechtfertigungsfähig sind (→ Rn. 24, 235 f.). Je nachdem, was man unter Verhältnismäßigkeitsprüfung versteht: Die Bewertung einer Relation von Regelungszweck und Mittel (hier: der Differenzierung),¹⁰⁰⁹ einen interpersonellen Nutzenvergleich¹⁰¹⁰ oder ein allgemeines Verfahren zur Ermittlung der Vorzugswürdigkeit alternativer Entscheidungen,¹⁰¹¹ wird man die Verhältnismäßigkeitsprüfung besser oder schlechter den Gleichbehandlungsgeboten bzw. Diskriminierungsverboten zuordnen können. Nach vorzugswürdiger Auffassung greift das Verhältnismäßigkeitsprinzip dann, wenn zwei oder mehrere Güter nicht gleichzeitig vollständig verwirklicht werden können und daher einseitig beschränkt oder zu einem sinnvollen Ausgleich gebracht werden müssen. Es kommt also nicht nur auf eine Zweck-Mittel-Relation an, sondern auf die **Relation kollidierender Rechtsgüter**.¹⁰¹² Weil der Anspruch auf gleiche (bzw. auf gerechte) Behandlung ein solches Rechtsgut ist, passt die Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁰¹³

In einer dreistufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung (nach deutschem Muster – weniger systematisch in der europäischen und sonstigen Rechtsprechung) gelten folgende Besonderheiten: Die Prüfung der **Geeignetheit** einer Differenzierung zur Erreichung des Regelungsziels ist möglich.¹⁰¹⁴ Die Prüfung der **Erforderlichkeit** setzt eine positive Bewertung betroffener Rechte oder Interessen als schonungsbedürftig voraus. Eine solche Bewertung kommt auch im Kontext der Gleichbehandlung zum Tragen,¹⁰¹⁵ zumal der Tatbestand der Diskriminierung bzw. der Gleichheitssatzverstoß einen Nachteil für den Betroffenen voraussetzt (→ Rn. 60 ff.). Dieser Nachteil kann unterschiedlich groß sein. Eine Bewertung der Beeinträchtigung der schutzwürdigen Belange und damit der Intensität der Diskriminierung ist möglich und kann in die Abwägung einfließen. Als **milderes Alternativmittel** muss eine **Differenzierung nach einem anderen Kriterium**, das die Betroffenen weniger belastet, gesucht werden. Beispielsweise kann der Zweck der Erhaltung des einheitlichen Hoferbes anstatt mittels einer Differenzierung zwischen ehelich und nichtehelich geborenen Kindern durch eine Differenzierung nach landwirtschaftlicher Qualifikation der Nachkommen erreicht werden.¹⁰¹⁶ Als mildere Alternative zu einem Nachtarbeitsverbot für Frauen kommt eine Anknüp-

248

lautet: Angemessenheit im Verständnis des Gleichheitssatzes erfordere ein Vergleichen einer Mehrheit von Tatbeständen hinsichtlich ihrer Gemeinsamkeit und Unterschiede, wohingegen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nach einem »horizontalen« Vergleich frage, sondern nach der Angemessenheit einer Einschränkung im Vergleich zum angestrebten Ziel. Im Anschluss daran z. B. G. Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 1989, 37 (41); Bryde/Kleindieck (Fn. 170), 36 (38). S. a. Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 24–28 (weitreichende Parallelisierung mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sei »problematisch«). Für die Eignung einer modifizierten Verhältnismäßigkeitprüfung bereits Kloepfer (Fn. 955), 62; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 17 f.

¹⁰⁰⁹ Kritisch Huster, JZ (Fn. 950), 541 (543); Brüning (Fn. 185), 669 (670).

¹⁰¹⁰ B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, 154 ff. (in Anlehnung an wohlfahrtsökonomische und spieltheoretische Ansätze zur Lösung von Verteilungsproblemen).

¹⁰¹¹ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 23.

¹⁰¹² Huster, (Fn. 950), JZ 1994, 541 (543).

¹⁰¹³ Differenzierend Huster: Keine Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Verfolgung »interner Zwecke« (dazu → Rn. 238).

¹⁰¹⁴ Aus der Literatur Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 19; kritisch Brüning (Fn. 185), 669 (672).

¹⁰¹⁵ A. A. Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 21; vgl. auch Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 28.

¹⁰¹⁶ EGMR No. 8695/79, A 126, § 44 – Inze.

fung des Verbots an die Tatsache, dass eine Person (weiblich oder männlich) Kinder betreut und einen Mehrpersonenhaushalt führt, in Betracht.¹⁰¹⁷

249 **Zentrales Problem jeder Abwägung** bleibt – auch im Kontext des Art. 14 EMRK bzw. Art. 3 GG – die Frage nach dem **Abwägungsmaßstab**. Eine Abwägung ist nur dann juristisch berechenbar und dem persönlichen Wertsystem des Richters weniger ausgeliefert, wenn zumindest rechtliche Anhaltspunkte für Abwägungsmaßstäbe und Gewichtungen bestehen. Solche Anhaltspunkte sind aber in der EMRK bzw. im System des GG äußerst spärlich bzw. werden von den beteiligten Gerichten nicht genutzt. Jedenfalls bildet die transnationale Rezeption des zweistufigen Tests, dessen Kern die Abwägung bildet, ein Indiz für seine prinzipielle Brauchbarkeit; es lohnt sich deshalb, auf seine weitere Strukturierung hinzuwirken.

250 Zur *marge d'appréciation* kann rechtsvergleichend festgehalten werden, dass seine Abstufung je nach Umständen, Gegenstand und Hintergrund des Falles die **Abstufungen der Kontrolldichte** ersetzt, die durch die Normierung eines allgemeinen und eines besonderen Gleichheitssatzes – wie im GG – ausgelöst wird. Eine weitere Parallele liegt darin, dass auch die **bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung** zum allgemeinen Gleichheitssatz des GG eine **weitgehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers** anerkennt.¹⁰¹⁸ Beide Topoi wahren die »horizontale« Gewaltenteilung. Ein besonders weiter Gestaltungsspielraum kommt dem Gesetzgeber insbesondere zu, wenn er »ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördern (will), das ihm aus wirtschafts-, sozial-, umwelt- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist«.¹⁰¹⁹ Dasselbe gilt für den Bereich des **Sozialrechts** wegen der »fortwährenden schnellen Veränderungen des Arbeits-, Wirtschafts- und Soziallebens«.¹⁰²⁰ Auch beim Erlass **besoldungsrechtlicher** Vorschriften hat der Gesetzgeber »einen weiten Spielraum politischen Ermessens«, so dass das BVerfG unter dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 GG »nur die Überschreitung äußerster Grenzen« beanstanden kann.¹⁰²¹ Der gleichermaßen grundsätzlich weite Spielraum des Gesetzgebers im Bereich des **Steuerrechts** wird jedoch verengt, wenn er Ausnahmen vom Gebot gleicher Besteuerung bei gleicher Ertragskraft vorsehen will.¹⁰²² Auch im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG kann dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zukommen, etwa im Bereich der sozialpolitischen Aufgabe des Mutterschutzes.¹⁰²³

251 In Bezug auf die Diskriminierungsverbote im **Recht der EU** ist der **Einschätzungsspielraum** (jedenfalls sofern Adressat des Verbots die Unionsorgane sind) **je nach Sachbereich unterschiedlich**. Beispielsweise verfügt »der Gesetzgeber der Gemeinschaft [jetzt Union] auf dem Gebiet der gemeinsamen Agrarpolitik über einen weiten Ermessensspielraum, [...] der der politischen Verantwortung entspricht«, die ihm die ein-

¹⁰¹⁷ BVerfGE 85, 191 (209).

¹⁰¹⁸ St.Rspr. seit BVerfGE 3, 58 (135); aus neuerer Zeit 2 BvR 1413/06 (K), Abs. 10; 1 BvL 2/04, Abs. 82; 2 BvL 1/07, Abs. 57; 1 BvR 1487/04, Abs. 4: »Es ist dem Bundesverfassungsgericht verwehrt zu prüfen, ob der Gesetzgeber unter mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat«.

¹⁰¹⁹ EuGH Rs. C-267/88 – C-285/88. Slg. 1990, I-435, Rn. 14 – *Wuidart*.

¹⁰²⁰ BVerfG (K) 1 BvR 866/07, Abs. 25.

¹⁰²¹ BVerfGE 107, 257, (272); BVerfG (K) 2 BvR 1413/06 (K), Abs. 10, BVerfGK 12, 132.

¹⁰²² BVerfGE 120, 1 (45) (m.w.H.); 122, 210 (230).

¹⁰²³ BVerfGE 109, 64 (80f.); BVerfG (K) 1 BvL 15/11, Abs. 21, FamRZ 2011, 1645.

schlägigen Vertragsnormen (Art. 40 und 43 AEUV) übertragen.¹⁰²⁴ In anderen Sachbereichen müssen Differenzierungen detaillierter begründet und gerechtfertigt werden.

V. Der Gesetzesvorbehalt

Behauptete Verletzungen des Diskriminierungsverbotes werden vom EGMR analog zu den Freiheitsrechtsrügen behandelt (→ Rn. 14). Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung wäre bei konsequenter Parallelführung der Gesetzesvorbehalt zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum Wortlaut der Art. 8–11 EMRK (»in accordance with the law« bzw. »prescribed by law«) fordert Art. 14 EMRK nicht explizit eine gesetzliche Grundlage für Unterscheidungen. Dies könnte daran liegen, dass Differenzierungen dem staatlichen Handeln immanent sind. Wenn jede Ungleichbehandlung einer gesetzlichen Grundlage bedürfte, würde dies zu einem umfassenden Gesetzesvorbehalt führen. In der Literatur wurde in Reaktion auf das Urteil *D.H. v. Tschechien* eine spezielle gesetzliche Grundlage für positive Diskriminierung gefordert und argumentiert, dass diese nicht allein auf Art. 14 EMRK gestützt werden könne.¹⁰²⁵ Die **Straßburger Rechtsprechung** problematisiert diese Frage **nicht**. Demgegenüber wird im System des GG der Gesetzesvorbehalt vor allem für **Frauenfördermaßnahmen** diskutiert. Insbes. **Frauenquoten** im öffentlichen Dienst sind für die benachteiligten Männer grundrechtswesentlich und bedürfen deshalb einer speziellen gesetzlichen Grundlage.¹⁰²⁶ Im Gegensatz dazu dürfen Frauen bei der Subventionsvergabe auch ohne formalgesetzliche Grundlage begünstigt werden (z. B. durch eine verlängerte Antragsfrist), weil Männer hierdurch – anders als bei der Stellenvergabe – nicht unmittelbar benachteiligt werden (kein Nullsummenspiel).¹⁰²⁷

G. Konkurrenzen

EKMR und EGMR prüfen ebenso wie das BVerfG in der Regel die **Freiheitsrechte vor den Gleichheitsrechten**. Wegen der Akzessorietät verzichtete der EGMR bis zum Anfang des 21. Jahrhunderts wohl aus prozessökonomischen Erwägungen fast immer auf eine gesonderte Prüfung des Art. 14 EMRK, wenn er bereits einen Verstoß gegen ein Freiheitsrecht festgestellt hatte (→ Rn. 38).¹⁰²⁸ In neuerer Zeit beginnt der EGMR vermehrt mit der Prüfung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot (→ Rn. 39) oder prüft Art. 14 EMRK zusätzlich zu einem festgestellten Verstoß gegen ein Frei-

¹⁰²⁴ EuGH Rs. 267/88, Slg. 1990, I-435, Rn. 14 – *Wuidart*.

¹⁰²⁵ *Heyden/von Ungern-Sternberg* (Fn. 276), 87.

¹⁰²⁶ OVG NRW 6 B 1318/89 v. 15. 6. 1989, NJW 1989, 2560 (2561); OVG Berlin 4 S 39.91 v. 16. 4. 1992, DVBl. 1992, 919. A. A.: VG Bremen 3 A 392/86 v. 26. 11. 1987, NJW 1988, 3224 (3227f.).

¹⁰²⁷ BVerwG 3 C 54/01 v. 18. 7. 2002, DÖV 2003, 288 (290).

¹⁰²⁸ So z. B. EGMR No. 7525/76, A 45, § 69 – *Dudgeon (Pl.)*, wo es heißt: »Ist erst einmal festgestellt, daß eine Einschränkung des Rechts des Beschwerdeführers auf Achtung seines privaten Sexuallebens wegen ihres umfassenden und unbingten Charakters zu einer Verletzung des Art. 8 geführt hat, so ist die Prüfung, ob der Beschwerdeführer im Vergleich zu anderen Personen auch dadurch benachteiligt wurde, daß deren Recht in geringerem Maße beschränkt ist, *juristisch überflüssig*«. (Hervorhebung d. Verf.).

heitsrecht (→ Rn.40). Im Ergebnis lässt sich aus der bisherigen Rechtsprechung **kein konsistentes Vorgehen** ableiten; die Prüfungsreihenfolge hängt vielmehr von der jeweiligen Bewertung der Umstände des Einzelfalls ab.

254 **Konkurrenz von Art. 14 und ZP 12:** Der Anwendungsbereich des nichtakzessorischen Diskriminierungsverbots des ZP 12 ist weiter als derjenige von Art. 14 EMRK. Es könnte, sofern der beklagte Staat das Protokoll ratifiziert hat, umfassend angewendet werden und Art. 14 EMRK verdrängen.¹⁰²⁹ Der EGMR hat jedoch auch gegenüber Staaten, welche das ZP 12 ratifiziert haben, Ungleichbehandlungen im »ambit« einer Freiheit am Maßstab von Art. 14 geprüft. Er hat entweder beide Diskriminierungsverbote nebeneinander angewendet¹⁰³⁰ oder nach Bejahung der Verletzung von Art. 14 auf eine inhaltliche Prüfung anhand von ZP 12 verzichtet.¹⁰³¹

255 **Der besondere Gleichheitssatz des Art. 5 ZP 7** verhält sich zu den anderen Konventionsartikeln wie folgt: Er gilt nur für den Bereich des Privatrechts. Da er lediglich als Zusatzartikel zur EMRK zu verstehen ist (Art. 7 Abs. 1 ZP 7), sind alle Konventionsbestimmungen weiterhin unverändert anzuwenden. Deshalb ist die Gleichheit der Ehegatten in erster Linie durch Art. 8 i. V.m. Art. 14 EMRK gewährleistet. Dementsprechend sieht der EGMR diese Norm trotz ihres speziellen Anwendungsbereichs nicht als *lex specialis* zu Art. 8 i. V.m. Art. 14 EMRK an.¹⁰³² Aus diesem Grund hat Art. 5 ZP 7 in der Spruchpraxis des EGMR keine große Bedeutung neben Art. 8 und 14 EMRK erlangt. Deutschland hat das ZP 7 bisher nicht ratifiziert.

256 Eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft, der Rasse und der Religion kann unter den konkreten Umständen so schwer wiegen, dass sie einen spezifischen Angriff auf die Menschenwürde darstellt. Ältere Entscheidungen sahen Art. 14 EMRK durch die Verletzung von Art. 3 EMRK als verdrängt an.¹⁰³³ Zahlreiche neue Urteile zu rassistischer Gewalt hielten jedoch sowohl Art. 3 EMRK isoliert als auch Art. 14 i. V.m. 3 EMRK für verletzt.¹⁰³⁴ Diese Rechtsprechungsänderung ist eine Manifestation der Bedeutungssteigerung des Diskriminierungsverbots.

257 Eine Prüfung des Art. 14 EMRK scheidet außerdem aus, wenn das betroffene Freiheitsrecht, gegen das im konkreten Fall verstoßen worden ist, ein besonderes Diskri-

¹⁰²⁹ Trechsel (Fn.57), 124: Neben dem 12. Protokoll kein Anwendungsbereich mehr für Art. 14 EMRK.

¹⁰³⁰ EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009 – *Sejdić u. Finci* (GK).

¹⁰³¹ EGMR No. 7798/08, §§ 114f. – *Savez Crkava »Riječ života«* (2010).

¹⁰³² In EGMR No. 16213/90, A 280-B, §§ 22f. – *Burghartz* wies der Gerichtshof das Vorbringen der Schweiz zurück, es handele sich bei Art. 5 ZP 7 um eine *lex specialis*, die Art. 8 EMRK verdränge. Die Schweiz hatte nämlich mit Blick auf ihr traditionelles Namensrecht einen Vorbehalt zu Art. 5 ZP 7 angebracht. Diesen ließ der EGMR unberücksichtigt, weil Art. 8 EMRK durch Art. 5 ZP 7 weder ersetzt noch in seinem Anwendungsbereich beschränkt werden könne. Ebenso EGMR No. 19823/92, A 299-A, § 66 – *Hokkanen*. Ausf. *Wittinger*, Familien und Frauen (Fn.508), 177ff.; *Grabenwarter/Pabel*, § 26 Rn. 23f.; *Flinterman*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak, 985ff.

¹⁰³³ Kommissionsbericht von 1973 zum Fall der *Ostafrikanischen Asiaten* (erst 1994 nach Freigabe durch die britische Regierung veröffentlicht in EKMR Nos. 4403/70 u.a., DR 78-A, 5, §§ 207ff.; – *East African Asians* [Pl.]); EGMR No. 25781/94, Rep. 2001-IV, §§ 302–316 – *Zypern v. Türkei* (GK) (Staatenbeschwerde) in Bezug auf die Lebensbedingungen der griechischen Zyprioten in der Region Karpas im Nordteil Zyperns.

¹⁰³⁴ EGMR No. 15250/02 – *Bekos u. Koutropoulos* (2005); No. 40116/02 – *Šečić* (2007); No. 148254/99 – *Cobzaru* (2007); No. 44803/04 – *Petropoulou-Tsakiris* (2007); No. 42722/02 – *Stoica* (2008); No. 44256/06, § 82 – *Turan Cakir* (2009).

minierungsverbot enthält. Beispielsweise ist die **Waffengleichheit** als Aspekt des »*fair trial*« (Art. 6 Abs. 3 EMRK) ein sachbereichsbezogenes Gleichbehandlungsgebot, das nicht an bestimmte Merkmale anknüpft und insofern »merkmalsallgemein« ist. Daneben enthält **Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK** ein besonderes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Sprache in einem Gerichtsverfahren. Art. 14 EMRK wird hier als *lex generalis* von Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK verdrängt.¹⁰³⁵

Das **Recht auf freie Wahlen gemäß Art. 3 ZP** enthält nach ständiger Rechtsprechung der Konventionsorgane implizit den Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts (→ *Recht auf freie Wahlen*, Kap. 25 Rn. 32). Es wird aber nicht als *lex specialis* angewandt. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK wird vielmehr grundsätzlich neben Art. 3 ZP¹⁰³⁶ oder sogar vorrangig¹⁰³⁷ geprüft, weil die Beschwerde eigenständig ist. 258

In der EMRK finden sich schließlich **Vorschriften, die Differenzierungen ausdrücklich erlauben**, so Art. 16 EMRK (Beschränkung politischer Tätigkeit von Ausländern) und implizit Art. 11 EMRK (leichtere Einschränkung von Freiheitsrechten der Angehörigen der Streitkräfte, der Polizei und der Staatsverwaltung). 259

¹⁰³⁵ EGMR No. 6210/73 u. a., A 29, § 53 – *Luedicke u. a.*; No. 9783/82, A 168, § 75 – *Kamasinski*.

¹⁰³⁶ EGMR No. 69949/01, insb. § 36 – *Aziz* (2004): Verletzung sowohl von Art. 3 des ZP alleine als auch von Art. 14 i. V. m. Art. 3 ZP bejaht. Noch in EGMR No. 24833/94, Rep. 1999-I, § 68 – *Matthews* (GK) hielt aber der EGMR eine zusätzliche Prüfung von Art. 14 EMRK für nicht mehr erforderlich, nachdem er einen Verstoß gegen Art. 3 ZP bejaht hatte. Siehe zur neuen Tendenz zur Doppelprüfung (→ Rn. 40). Siehe ferner EKMR No. 40436/98, § 2 – *New Horizons u. a.* (1998); EGMR No. 9267/81, A 113, §§ 54, 59 – *Mathieu-Mohin u. Clerfayt (Pl.)*; Nos. 17173/07 u. 17180/07 – *Sevinger u. Eman (Zul.)* (2007): Jeweils Verstoß gegen Art. 3 ZP sowohl allein als auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK geprüft und verneint.

¹⁰³⁷ EGMR Nos. 27996/06 u. 34836/06, Rep. 2009, § 51 – *Sejdić u. Finci* (GK): Nach Feststellung der Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 3 ZP war die isolierte Prüfung von Art. 3 ZP nicht mehr nötig.